جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

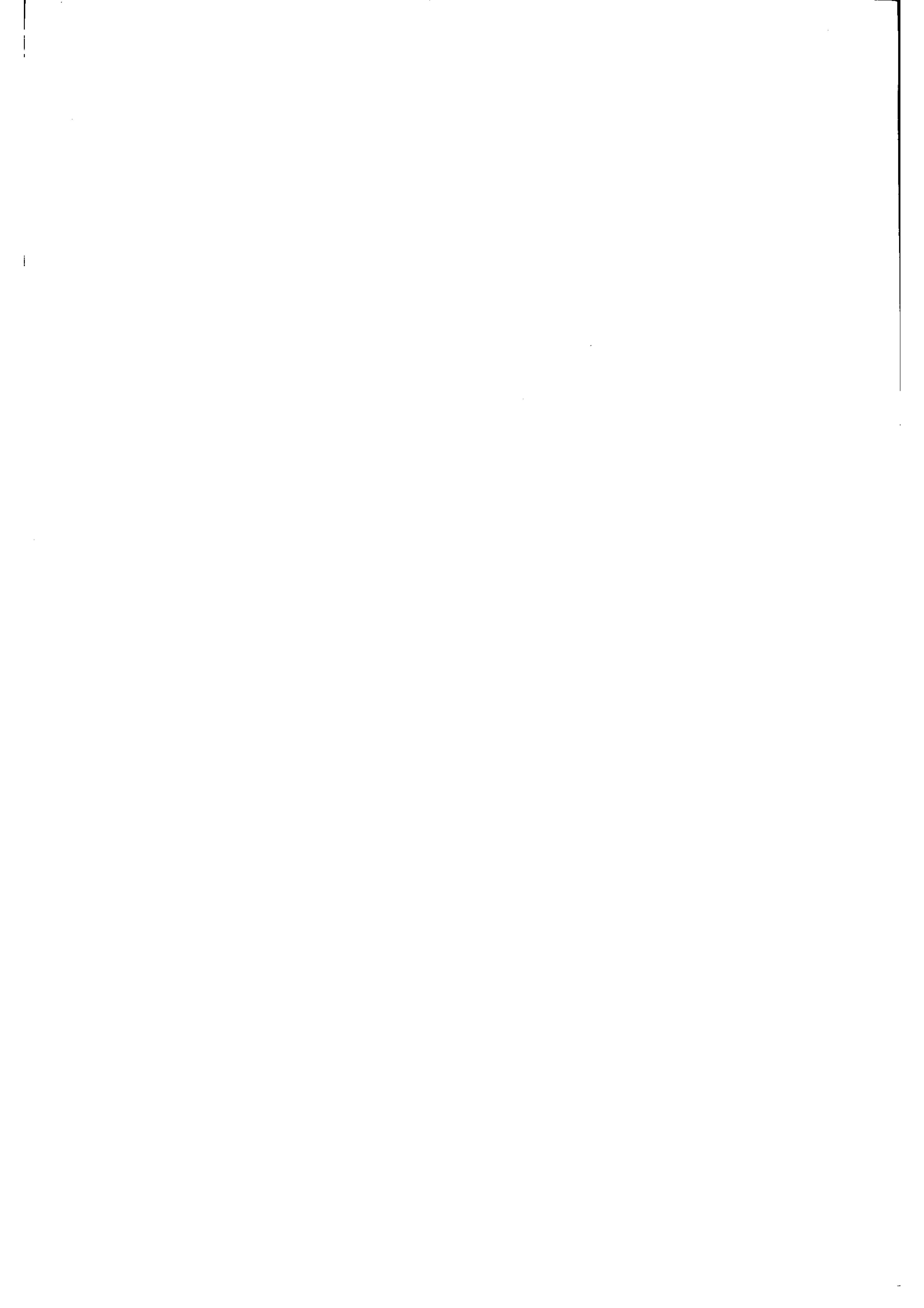
إثبات الجرائم والعقوبات بالقياس

دراسة أصولية مقارنة

الدكتور
عبد الحى عزب عبد العال
أستاذ أصول الفقه المساعد بالكلية

١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م

الناشر
مكتبة ومطبعة الغد
للنشر والتوزيع



بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

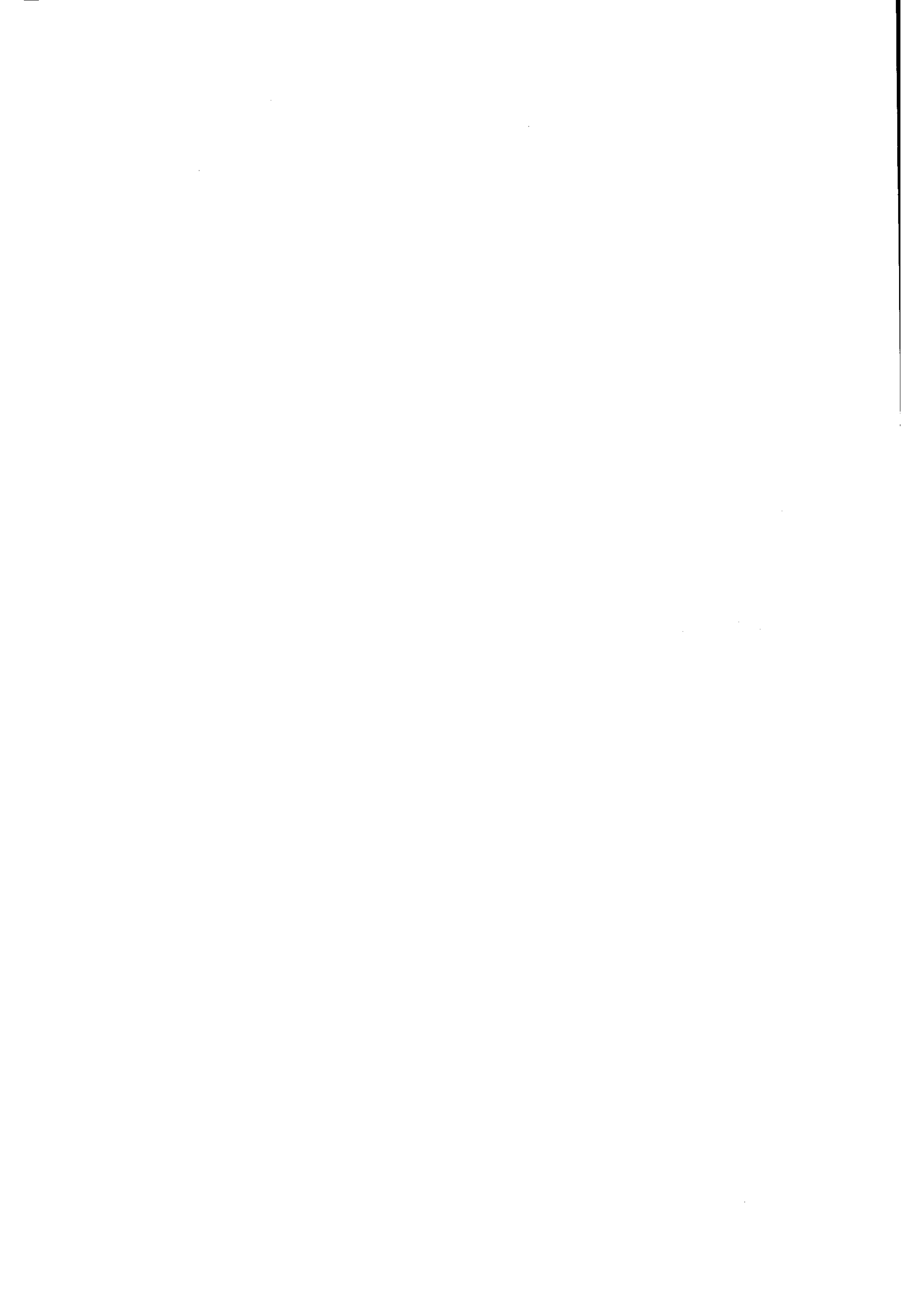
﴿ومن يطع الله والرسول فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقا * ذلك الفضل من الله وكفى بالله عليماً﴾

صدق الله العظيم

الآية (٦٩ ، ٧٠) سورة النساء

الإهداء

إلـى كـل مسـلم عـرف حـق ربـه عليـه فأطاعـه وسـجدت لـه جبهتـه خضوعـا لأمـره ، وخضعـت لخالقـه عـز وجـل نفسـه وجوارحـه اعترافاً بفضلـه ودينـه الخـالد ... أهـدى هـذا العمـل المتواضع راجياً من المولى عز وجل القبول والتوفيق ....،،،



المقدمة

الحمد لله حمداً يليق بكمال وجهه وعظيم سلطانه ، والشكر له سبحانه شكراً يليق بعظيم امتنانه وجميل آلائه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمد عبده ورسوله أرسله ربه بالهدى ودين الحق صلاة وسلاماً عليك ياسيدى يارسول الله وعلى آله وأصحابه وكل من اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن الدين الإسلامى العظيم دين شامل لكل مظاهر الحياة صالح لكل زمان ومكان قال تعالى ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا**﴾[1] فقد كمل شرع الله وأتم الله علينا نعمته بدينه الوافى ، فالتشريع الاسلامى هو قانون الحياة الذى لاتضارعه ولا تقارنه قوانين بشريه مهما بلغت من الدقة ؛ لأن التشريع الإسلامى قانون صادر من لدن عليم خبير أما القوانين البشرية فهى قوانين وضعية وضعها بشر مهما بلغوا من رقى وتقدم فهم أصحاب عقول قاصرة لا تحيط بالأمور كلها كما أنها عقول بشرية تتصف بالإدراك والنسيان ؛ كذلك فإن ما يصدر عن البشر من نظم وقوانين لا ترقى لحل مشاكل البشرية ، لأنها قوانين صادرة عن بشر ذوى عقول يدركون وينسون ويكتبون ويتراجعون ، وإن صلحت لزمان فإنها لا تصلح لآخر وإن صلحت لمكان فإنها لا تصلح لغيره ، وإن أصلحت أمراً أفسدت آخر فسبحان علام الغيوب الذى أراد للبشرية الرقى

---

(١) الآية (٣) من سورة المائدة

والتقدم فأنزل لهم ما يصلح دينهم ودنياهم بشرعه الحكيم المبرأ من كل عيب وهوى ومن كل نقص واختلاف .

فالخروج عن شرع الله تيه وضلال ، وفى هذا المعنى قال الشاطبى:

على الناظر فى الشريعة أمران :

أحدهما : أن ينظر بعين الكمال لا بعين النقصان ، ويعتبرها اعتباراً كلياً فى العبادات والعادات ، ولا يخرج عنها البتة ؛ لأن الخروج عنها تيه وضلال ورمى فى عماية ، كيف وقد ثبت تمامها وكما لها فالزائد والمنقص فى جبهتها هو المبتدع باطلاق والمنحرف عن الجادة إلى بنيان الطريق .

والثانى : أن يوقن أنه لا تضاد بين آيات القرآن ولا بين الأخبار النبوية ولا بين أحدهما مع الآخر ، بل الجميع سار على منهج واحد ومنتظمه إلى متن واحد[1] .

هذا ولما كانت أحوال الناس مختلفة وقضاياهم متجددة ، وشريعة الله تعالى دائمة باقية إلى يوم القيامة قام علماء الأمة الذين جاهدوا فى سبيل شرع الله جهاداً كبيراً ببيان القواعد الشرعية التى تستند إليها الأحكام ، مستندين فى هذا إلى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، وقد عانهم على هذا فهمهم لنصوص الشرع الحكيم ومعرفتهم لمقاصد الشريعة ومصالح الناس وإحاطتهم بأقوال السلف ومحل الإجماع ، ففهموا النصوص وفرعوا منها الأحكام واستنبطوا وقاسوا الفروع على الأصول للوقوف على ما يحل مشاكل الأنام وما يبين وقائع وحوادث الأيام .

---

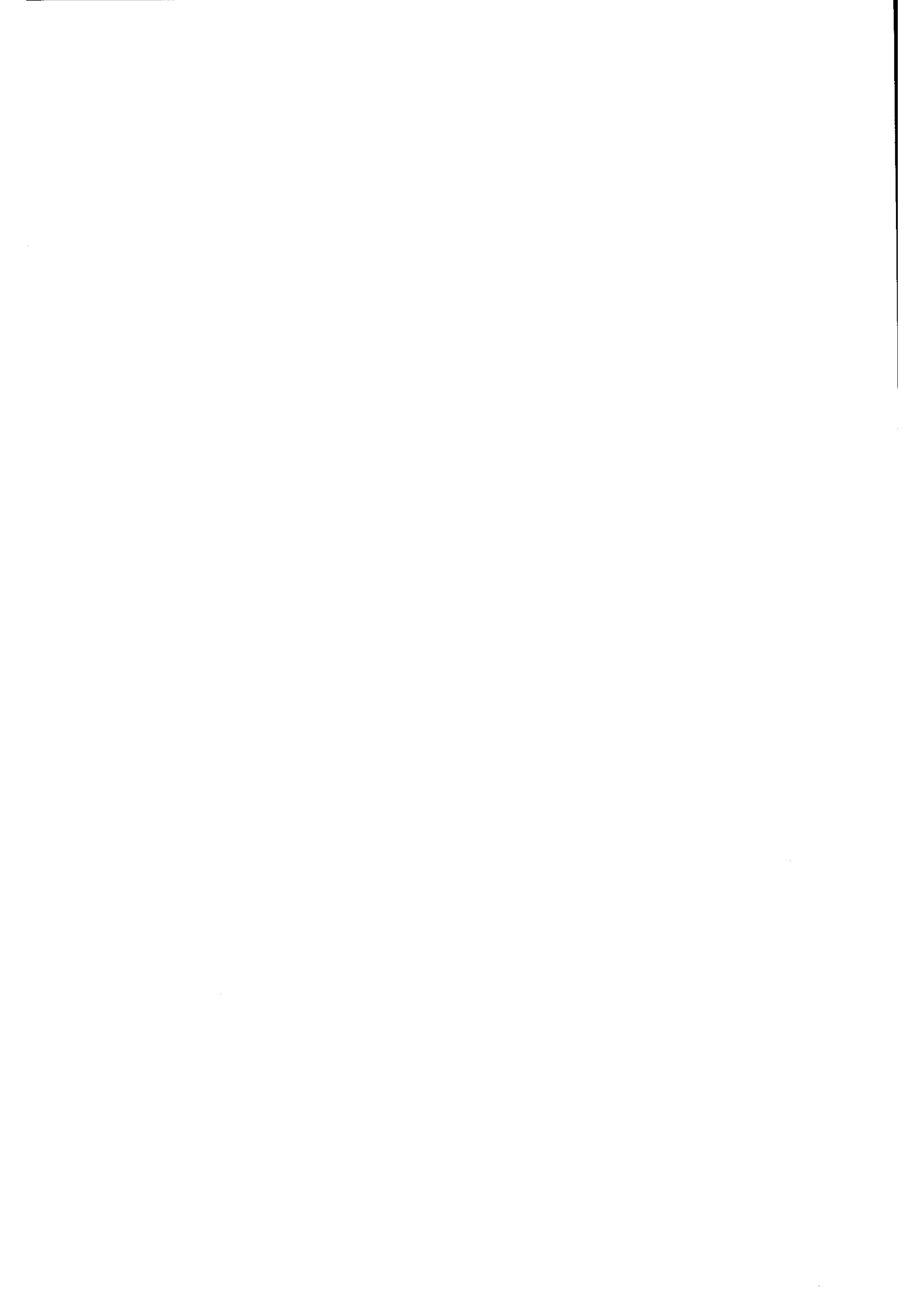
(١) الاعتصام (٣١٠/٢) .

وباب القياس باب له شأن عظيم ضمن مصادر التشريع الإسلامى ، حيث عن طريقه تتم الاحاطة بالمقاصد التى شرعت من أجلها الأحكام ، وبه تتم المعرفة والإطلاع على أسرار الشريعة ودقائق أحكامها البديعة حيث هو المرشد لعلل الأحكام والطريق لمعرفة ما يستجد من وقائع وحوادث الأزمان ، فهو باب رفيع الجانب ، جدير بأن يتوجه إليه الباحثون دائماً لدراسة قواعده وفهم جوانبه .

ومن المسائل التى تلفت النظر فى كل زمان ومكان مسألة العقوبة فكل جريمة لها عقوبة ، ولا يمكن أن يخلو زمان أو مكان من وجود أشخاص تسيطر عليهم شهواتهم وتغلبهم النفس فينقادون للشيطان والهوى مما يدفعهم هذا إلى ارتكاب الجرائم وفعل الرذائل ، وتطهيرا للمجتمع من الفساد جعل الله تعالى القوانين المشتملة على العقوبات الرادعة فكانت التعزيزات الشرعية والحدود والكفارات ولما كانت القضايا متجددة وحوادث الأيام لا تتناهى أردت أن أشارك جيلى من الكتاب فى تقديم بحث يقف من خلاله القارىء على العقوبات الشرعية وعما إذا كان يمكن أن يكون القياس مصدراً من مصادر إثبات العقوبة أم لا .

فأتجه إلى المولى تبارك وتعالى بالدعاء أن يوفقنى لبيان حقائق هذا الموضوع والوقوف على وقائعه ، والكشف عن غوامضه ، وأن يجعل سبحانه وتعالى عملى هذا خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به المتخصصين والمبتدئين ، وأن يلقى القبول لدى أساتذتنا المتعمقين إنه سبحانه وتعالى نعم المولى ونعم النصير .

د/ عبد الحى عزب عبد العال



الفصل الأول

القياس كمصدر من مصادر إثبات الأحكام عند الأصوليين

تمهيد

لما كان القياس مصدراً من مصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقررة لإثبات الأحكام أردت أن أبين فى لمحة دراسية : معنى القياس ، وأركانه ، وحجيته .

حتى تكتمل الفائدة لدى القارىء .

المبحث الأول

معنى القياس عند الاصوليين

أولاً : المعنى اللغوى : القياس كلمة تطلق فى اللغة على أكثر من معنى .

وأهم هذه المعانى : التقدير ، والمساواة .

فالتقدير معناه : معرفة قدر أحد الأمرين بالآخر ، فنقول : قست الثوب بالذراع أى قدرته به ، وقست الأرض بالقصبة أى قدرتها بها[1] .

والمساواة إما حسية كقولنا : قست الثوب بالثوب أى ساويته به ، وإما معنوية كقولنا : فلان يقاس بفلان أى يساويه فى الشرف والهمة ، أو نقول: فلان لا يقاس بفلان أى لا يساويه فى الشرف والهمة ، وغيرهما من الأمور المعنوية[2] .

والتقدير : نسبة بين أمرين تقتضى المساواة بينهما ، وفى هذا المعنى يقول الشاعر[3] :

---

(١) انظر لسان العرب (٨/٧٠) ، وتهذيب اللغة (٩/٢٢٥) .

(٢) القاموس المحيط (٢/٢٤٤) والمصباح المنير (٢/٨٠٣) .

(٣) الشاعر : هو البعيث بن بشر انظره فى روضة الناظر جـ٢ صـ ٢٢٦ .

اذا قاسها الآسى النطاسى أدبرت غثيثتها أو زاد وهياً هزومها(1)

فالشاعر يصف شجه أو جراحه حالة قياس الطبيب العالم بالطب لها عند وضع المسبار فيها ليقدر به عمق الجرح .

وفى البيت استشهد العلماء على أن القياس فى لغة العرب يطلق على التقدير ، والتقدير يقتضى المساواة بين الشيئين .

فالقياس إذاً يدل على معنى التسوية على العموم وقد اختلف العلماء فيما إذا كان لفظ القياس حقيقة فى التقدير مجاز فى المساواة ، أو حقيقته فى المساواة مجاز فى التقدير أم هو حقيقة فى المعنين معاً .

فذهب البعض إلى أنه حقيقة فى التقدير مجاز فى المساواة ، حيث

إن المساواة لازمة للتقدير ، والتقدير ملزوم ، واستعمال اللفظ فى لازم المعنى مجاز لا حقيقة .

وذهب البعض إلى أنه مشترك لفظى بين التقدير والمساواة ، لأن اللفظ استعمل فيهما معاً فيكون مشتركاً بينهما اشتراكا لفظياً لأن الأصل فى الاستعمال الحقيقة .

وذهب البعض : إلى أنه مشترك اشتراكاً معنوياً بينهما ، لأنه لو لم يكن مشتركا اشتراكاً معنوياً بينهما لكان : إما مشتركاً لفظياً وإما مجازاً فى أحدهما حقيقة فى الآخر ، وحيث إن كلا من الاشتراك اللفظى والمجاز

---

(1) الأسى (بالمد) هوالطبيب ، والنطاسى (بكسر النون وفتحها) هو العالم بالطب ، فهو صفة للأسى ، وأدبرت أى ولت وغثيثتها (بثائين مثلثتين) أى المدة والقيح التى فى الجرح ، فغثيث الجرح : مدته وقيحه وما كان فيه من لحم ميت ، (ووهيا) من الوهى ، ووهى أى وعى وانشق واسترخى رباطه ، (والهزوم) غمز (الشىء باليد فتصير فيه حفرة .

انظر : تاج العروس وانظر روضة الناظر وجنة المناظر هامش رقم ١ جـ٢ ص٢٢٦ .

خلاف الأصل ، لأن الاشتراك يحتاج إلى تعدد فى الوضع وتعدد فى القرينة ، إذ كل معنى يحتاج إلى قرينة عند إرادته ، والأصل عدم التعدد .

كما أن المجاز لابد له من قرينة عند استعمال اللفظ فى المعنى المجازى والأصل عدم الإحتياج إلى القرينة لكون الكلام الأصل فيه الحقيقة، وإذا انتفى هذا تعين الإشتراك المعنوى ، وهو أولى منهما لكونه لا يحتاج إلى تعدد فى الوضع أو إلى القربنة .

وهنا يكون المطلوب بلفظ القياس أمرين :

أحدهما : معرفة مقدار الشىء مثل : قست الثوب بالمتر .

ثانيهما : التسوية فى مقدار الشىء مثل قولنا فلان يقاس بفلان أى يساويه .

وهذا هو القول الأولى بالقبول ؛ لأن الأصل فى الكلام الحقيقة ، وعدم التعدد فى الوضع فيقدم الإشتراك المعنوى[1] .

ثانياً : معنى القياس اصطلاحاً :

للأصولبين أكثر من معنى للقياس اصطلاحاً .

فعرفه البعض : بأنه مساواة فرع لأصل فى علة حكمه ، وهذا التعريف قاله الآمدى وابن الحاجب ، كما ذكره ابن عبد الشكور فى "مسلم

---

(١) حاشية السعد على شرح العضد لمختصر ابن الحاجب (٢٠٤/٢) ، والأحكام للآمدى (٣٨٣/٣) ، وروضة الناظر بشرح نزهة الخاطر العاطر جـ٢ ص٢٢٦ ، وتيسير التحرير (٢٦٥/٣) .

الثبوت"[1] . وقال الفخر الرازى نقلاً عن الباقلانى[2] : ((هو حمل معلوم على معلوم فى اثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من اثبات حكم أو صفة أو نفيهما عنهما .

وهذا التعريف قال به إمام الحرمين حيث قال : ((هو أقرب العبارات إلى تعريف القياس))[3].

وعرفه ابن السبكى بقوله : ((هو حمل معلوم على معلوم لمساواته فى علة حكمه عند الحامل[4] .

وقال صاحب روضة الناظر : هو حمل فرع على أصل فى حكم بجامع بينهما))[5] .

وعرفه الفخر الرازى والقاضى البيضاوى بأنه ((اثبات مثل حكم معلوم فى معلوم آخر لاشتراكهما فى علة الحكم عند المثبت))[6] .

والذى جعل العلماء يختلفون فى عبارات القياس هو اختلافهم فى كون القياس من عمل القائس الذى يجرى القياس أم أن القياس يعد دليلا

---

(١) ابن عبد الشكور هو محب الدين بن عبد الشكور البهارى الهندى من أهل بهار بالهند توفى سنة ١١١٩هـ من مصنفاته سلم العلوم فى المنطق ، ومسلم الثبوت انظر الاعلام (٨٣/٥) وانظر هامش المستصفى (٢٤٦/٢) ، ومختصر ابن الحاجب (٥/٣) .

(٢) الباقلانى هو محمد بن الطيب المعروف بالباقلانى توفى سنة ٤٠٣هـ كان متكلما مالكى المذهب انظر شذرات الذهب (١٦٨/٣) .

(٣) انظر البرهان (٧٤٥/٢) ، وانظر الإحكام للآمدى جـ٣ ص١٩٠ والمستصفى جـ٢ ص٢٥٤ ، والمنخول ص٣٢٣ ، وشفاء الغليل ص١٨ والمحصول (٩/٢/٢) .

(٤) جمع الجوامع (٢٠٢/٢) .

(٥) روضة الناظر جـ٢ ص٢٢٧ .

(٦) انظر نهاية السول للإسنوى (٣/٣) ، والمحصول (١٧/٢/٢) .

شرعيا مستقلا كالكتاب والسنة ، سواء وجد المجتهد الذى ينظر فى الدليل أولا ، فمن نظر إلى أنه من عمل المجتهد عبر عنه فى تعريفه بأنه ((حمل)) أو ((اثبات)) أو غيرهما من العبارات التى تفيد بأن القياس من عمل المجتهد[1] .

ومن نظر إلى أن القياس دليل مستقل عبر عنه بقوله ((مساواة)) أو ((استواء)) أو غيرهما من العبارات التى تفيد أنه تعريف مستقل[2] .

التعريف المختار :

لعل أقرب هذه العبارات جميعاً هو المعنى الذى قال به القاضى البيضاوى والإمام فخر الدين الرازى للقياس وهو : ((إثبات مثل حكم معلوم فى معلوم آخر لاشتراكهما فى علة الحكم عند المثبت)) .

ومن خلال الشرح المفصل لهذا التعريف يتبين لنا وجه اختياره .

شرح التعريف :

قوله : ((اثبات)) الاثبات معناه فى اللغة جعل مثل حكم الأصل ثابتاً فى الفرع بعد أن لم يكن ، وهذا المعنى غير مراد هنا ، لأنه يلزم منه أن يكون القياس مثبتاً لحكم الفرع وهذا ما لا يرضاه أهل الأصول ولم يقل به أحد ، فقد اتفق الأصوليون على أن القياس مظهر لحكم الفرع لا مثبت له .

فحرمة النبيذ مثلا تثبت بالنص المثبت لحرمة الخمر ، والقياس هو الذى أظهر الحرمة ولم يثبتها .

---

(١) انظر الاحكام للآمدى (١٨٥/٣) والمحصول (١٧/٢/٢) .

(٢) انظر تيسير التحرير (٢٦٣/٣) .

فالمراد بالإثبات إذا : إدراك ثبوت مثل حكم معلوم فى معلوم آخر لاشتراكهما فى علة الحكم عند المدرك .

وبهذا يشمل الإدراك الجازم المطابق للواقع عن الدليل ، والإدراك للطرف الراجح ، والإدراك للطرف المرجوع ، فيكون الإثبات بمعنى الإدراك شاملاً للعلم والظن والوهم[1] ، حيث يتحقق القياس فى أى منها ، فمطلق إدراك النسبة هو المقصود من الاثبات هنا وكلمة ((إثبات)) شاملة فهى جنس فى التعريف تشمل كل اثبات فيدخل : إدراك الأحكام المتماثلة ، وإدراك الأحكام غير المتماثلة ، وإدراك غير الأحكام .

فيكون التعريف شاملاً لقياس المساواة ، الذى هو اثبات مثل حكم الأصل فى الفرع ، وقياس العكس ، الذى هو إثبات لنقيض حكم الأصل فى الفرع لنقيض العلة فيه[2] .

وقوله : مثل كلمة "مثل" إذا دخلت فى الشىء فإنه يحتاج إلى تصور، والمثل تصوره بديهى يدركه الخاصة والعامة ، حيث إن كل عاقل يعلم ويتصور أن الحار مثل الحار والبارد مثل للبارد[3] .

---

(١) الظن ادراك الطرف الراجح والوهم ادراك الطرف المرجوح .

(٢) مثال قياس العكس : قول الحنفية : لما وجب الصيام فى الاعتكاف بالنذر وجب بغير النذر كالصلاة فإنها لما لم تجب فيه بالنذر لم تجب بغير النذر ، فالحكم فى الأصل عدم الوجوب بغير نذر ، والعلة عدم وجوبه بالنذر ، والمطلوب فى الفرع وجوبه بغير نذور والعلة وجوبه بالنذر . انظر حاشية سعد الدين التفتازانى على شرح القاضى عضد الملة والدين لمختصر ابن الحاجب (٣٠٥/٢) .

(٣) ذهب البعض من العلماء إلى أن المثل تصوره نظرى ، يحتاج إلى فكر ونظر ولهذا قالوا فيه : هو ما اتحد مع غيره فى جنسه أو نوعه ، كالولاية على الصغير فى النكاح مثل الولاية عليه فى المال ، وكوجوب القصاص بالمثقل مثل وجوبه بالمحدد انظر الإبهاج (٣/٣) .

وكلمة "مثل" جاءت قيداً فى التعريف ، فبإضافة لفظ "الإثبات" إلى لفظ "مثل" خرج قياس العكس ، فإنه لا يسمى قياسا حقيقة وإنما تسميته قياساً هى تسمية مجازية .

وقال : ((إثبات مثل حكم معلوم)) ولم يقل ((اثبات حكم معلوم)) ليفيد أن الحكم الثابت فى الفرع ليس هو عين الحكم الثابت فى الأصل وإنما هو مثله فتكون كلمة مثل لفائدتين :

الأولى : بيان أن الحكم الثابت فى الفرع ليس هو عين حكم الأصل .

الثانية : إخراج قياس العكس ، لأن الحكم الثابت به فى الفرع ليس مثل الحكم الثابت فى الأصل وإنما هو نقيضه .

وقوله : (حكم معلوم) ، المراد بالحكم هنا : هو ثبوت أمر لأمر أو نفيه عنه ، وليس المقصود به الحكم الشرعى فقط ، حيث إن القياس عندهم يجرى فى الشرعيات ، واللغويات ، والعقليات ، كقياس النبيذ على الخمر فى الحرمة ، وقياس النبيذ على الخمر فى التسمية ، وقياس الغائب على الشاهد فى كون الاتفاق يدل على الإرادة والعلم[1] .

إلا أن ابن السبكى قال : المراد بالحكم هنا الحكم الشرعى[2] .

والمراد من المعلوم : المتصور سواء كان طرفاً لنسبة معلومة أو معتقدة أو مظنونة ، وليس المراد ما تعلق به العلم وهو الإدراك الجازم المطابق للواقع عن دليل ، لأن القياس يفيد الظن ، فأريد بالمعلوم إذاً ما يشمل الجميع .

---

(١) انظر الابهاج (٣/٣) وما بعدها ، ونهاية السول (٣/٣) وما بعدها وحاشية العطار (٢/٢٢٠)، والمحصول (١٩/٢/٢) وما بعدها .

(٢) الابهاج المرجع السابق .

وقوله (حكم معلوم) إشارة إلى حكم الأصل الذى هو ركن من أركان القياس ، ومعلوم : أشار بها إلى الأصل الذى هو ركن آخر من أركان القياس فيكون قد أشار بقوله : (حكم معلوم) إلى حكم الأصل ، والأصل والجدير بالذكر أن لفظ (حكم) هنا يقرأ غير منون لأن معلوم ليس صفة لحكم وإلا ضاع المعنى ولا يوجد لدينا ما يدل على الأصل الذى هو مقيس عليه ، فإضافة حكم إلى معلوم تشعر بأن معلوماً صفة لموصوف محذوف تقديره شيء وذلك الشيء المعلوم هو المقيس عليه .

وقوله : (فى معلوم آخر) المعلوم الآخر -هنا- هو المقيس وهو ما يعرف بالفرع وهو المقصود إثبات الحكم فيه .

ولكن لماذا عبر أصحاب هذا التعريف بمعلوم ، ومعلوم آخر ولم يعبروا بحكم أصل فى فرع ، أو شيء فى شيء أو بمقيس عليه ومقيس ؟ لأنه لو عبر بأصل وفرع لكان فى التعريف ايهام للدور ، ولو عبر بشيء فى شيء لشمل التعريف القياس فى الموجودات فقطع ولم يشمل القياس فى المعدومات[1] ، ولو عبر بالمقيس والمقيس لكان فى التعريف دور ؛ لذا عدل المعرف عن كل هذا وعبر بمعلوم ومعلوم آخر ، وهذا أوفق .

وقوله : (لاشتراكهما فى علة الحكم) قيد فى التعريف خرج إثبات الحكم فى المحل الآخر بواسطة النص أو بواسطة الإجماع ، فلا يكون ذلك

---

(١) هذا عند الأشاعرة لأنهم يقولون : إن الشيء يكون فى الموجود فقط سواء كان واجباً أو ممكنا ، فلا يصدق الشيء على المعدوم أصلا عندهم .

أما المعتزلة فيقولون : الشيء هو الممكن مطلقا موجوداً أو معدوماً ، لكن الواجب والمستحيل عندهم لا يسمى شيئا فلو عبر بالشيء لخرج المعدوم عند الأشاعرة سواء كان ممكنا أم مستحيلا ، ولخرج المستحيل والواجب عند المعتزلة فلا يجرى القياس فيهما فيكون التعريف غير جامع . انظر أصول الفقة للشيخ زهير (٩/٤) .

قياسا ، فمثال النص قولنا : النبيذ حرام لقوله صلى الله عليه وسلم **((كل مسكر حرام))** ، ومثال الاجماع قولنا : الإرث يثبت للخاله لقيام الإجماع على ثبوته للخال .

وهذا القيد فيه إشارة إلى الركن الرابع من أركان القياس وهو علة حكم الأصل ، الذى سنتكلم عنه فى حينه إن شاء الله .

وقوله : (عند المثبت) المثبت هو المدرك وهو القائس أو المجتهد إن كان مجتهداً مطلقاً أو مجتهداً فى مذهب من المذاهب .

وبهذا القيد يكون التعريف شاملاً للقياس وهو ثبوت حكم الأصل فى الفرع لاشتراكه فى العلة مع الأصل باعتبار الواقع ونفس الأمر كما يشمل القياس الفاسد وهو ثبوت الحكم فى الفرع لاشتراكه مع الأصل فى العلة باعتبار ما ظهر للمجتهد فقط وليس باعتبار الواقع(1) .

أهم ما ورد من اعتراض على هذا التعريف والجواب عليه

اعترض على هذا التعريف بالآتى :

أولاً : ان الاثبات اعتبر جزءاً من ماهية القياس ، لذا فإن القياس يتوقف على الإثبات ، مع أن القياس لا يجب أن يكون متوقفا على الإثبات، بل يجب أن يكون الاثبات متوقفاً على القياس، من حيث إن اثبات حكم الفرع متوقف على القياس ومتفرع عليه ، حيث إن حكم الفرع هو ثمرة القياس .

---

(1) انظر الإبهاج ونهاية السول جـ3 ص3 وما بعدها ، وجمع الجوامع (2/202) مع شرحه المحلى ، والمحصول (2/2/17) وما بعدها ، وانظر روضة الناظر وجنة المناظر الهامش رقم 2 ، 3 جـ2 ص227 .

فاعتبار الاثبات جزءا فى تعريف القياس يقتضى توقف القياس عليه ، وبهذا يكون كل واحد منهما متوقفاً على الآخر وهذا بعينه هو الدور .

وقد أجيب على هذا الاعتراض بجوابين :

١- لا نسلم لكم القول بأن الاثبات ثمرة القياس ، بل إن الاثبات هو نفس القياس وجزء من ماهيته ، لأن القياس عمل من أعمال المجتهد ، وعمل المجتهد فى القياس هو الاثبات وليس المساواة ، وبهذا تنفك الجهة فينفك الدور .

٢- سلمنا لكم أن الاثبات ثمرة القياس ولكن لا يلزم منه الدور لأن التعريف من قبيل التعريف بالرسم وليس من قبيل التعريف بالحد[١] ، فيكون الاثبات خاصة من خواص القياس ، والتعريف بالخاصة لا يوجب الدور ، حيث إن المعرف يتوقف عليها من حيث تصوره لا من حيث وجود ، والخاصة تتوقف عليه من حيث الوجود لا من حث التصور ، وبهذا تكون الجهة منفكة ولا دور .

ثانياً : الاعتراض الثانى :

هذا التعريف غير جامع ، لأن فيه كلمة "مثل" وهى تجعل التعريف لا يشمل قياس العكس، الذى هو ادراك نقيض حكم معلوم آخر ، كما سبق أن بينا .

---

(١) الحد : هو ما يتركب من الجنس والفصل القريبين ، كتعريف الإنسان بالحيوان الناطق ، وهذا هو الحد التام .

أما الحد الناقص : فهو التعريف بالفصل القريب فقط ، أو التعريف بالفصل القريب وبالجنس البعيد ، كتعريف الإنسان بالناطق ، أو بالجسم الناطق .

أما الرسم التام : فهو ما يتركب من الجنس القريب والخاصة كتعريف الإنسان بالحيوان الضاحك .

والرسم الناقص : هو ما كان بالخاصة وحدها أو بها وبالجنس البعيد كتعريف الإنسان بالضاحك .

انظر تنقيح الفصول ص١١ ، وروضة الناظر ط ص٣٧ .

وأجيب عن هذا :

بأن التعريف كان لقياس المساواة ولم يقصد قياس العكس في التعريف ، بل إن قياس العكس يعتبر فرداً مستقلاً قائماً بذاته فإذا أريد بيانه وضع له التعريف الخاص به ، ومما لا شك فيه أن ما معنا من تعريف شامل لكل أفراد قياس المساواة فيكون التعريف جامعاً ولا وجه للاعتراض[1] .

---

(١) انظر الاعتراض والإجابة عليه في الإحكام للآمدى (٣/٢٦٢) شرح جمع الجوامع للمحلى (٢/٣٤٣) ، والإبهاج مع نهاية السول (٣/٤) .

المبحث الثانى

أركان القياس

أركان القياس أربعة[1] :

الأصل ، والفرع ، وحكم الأصل ، وعلة حكم الأصل .

وهذا مثال للقياس يمكن أن نجرى عليه أركان القياس زيادة فى الايضاح .

فنقول مثلا : النبيذ محرم قياساً على الخمر ، بجامع الإسكار فى كل منهما . فالأصل هو الخمر ، والفرع هو النبيذ ، وحكم الأصل هو حرمة الخمر وهو ثابت بالنص لقوله تعالى : **﴿انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾**[2] .

وعلة حكم الأصل هى الإسكار ، وهذا وصف جامع بين النبيذ والخمر ، مشترك بينهما .

أما حرمة النبيذ فهذا هو الحكم الذى توصلنا إليه عن طريق القياس وهذا هو حكم الفرع الذى ذهب معظم العلماء إلى أنه ثمرة القياس ونتيجته، وقد أجرى القائس القياس للوصول إلى هذا الحكم لذا فإنه ليس ركنا من أركان القياس .

وهذا ما اختاره الآمدى[3] .

---

(١) أركان الشىء : هى أجزاؤه فى الوجود ، التى لا يحصل إلا بحصولها ، داخلة فى حقيقته، محققة لهويته .

وإنما كانت أربعة لأنها المأخوذة فى حقيقته وهذا كما يقال : أركان التشبيه أربعة : المشبه، والمشبه به ، ووجه الشبه ، والأداة . انظر هامش روضة الناظر رقم ١ جـ١ ص٣٠٣.

(٢) الآية رقم ٩٠ من سورة المائدة .

(٣) الاحكام للآمدى (٣/٢٧٨) .

أما الإسنوى فذهب إلى أن حكم الفرع يعد ركنا من أركان القياس وليس ثمرة له ، لأن ثمرة القياس هى العلم بحكم الفرع لا نفس حكم الفرع، غاية الأمر أن حكم الفرع لم يجعله ركنا مستقلا فى القياس لكونه عين حكم الأصل فاكتفى بحكم الأصل عنه وجعلت الأركان أربعة(١) .

هذا ولم أقف على خلاف غير هذا فى كون الأركان أربعة، وإنما الخلاف جاء فيما يسمى أصلا وفيما يسمى فرعاً وهو ما سنبينه فى حينه .

أولا : الأصل :

الأصل هنا هو المقيس عليه ، أو المحمول عليه ، وهو الذى ورد له حكم من الشارع .

وقد اختلف الأصوليون فيما يسمى أصلاً فذهب البعض إلى أن الذى يسمى أصلا هو الصورة التى ثبت فيها الحكم أولا ، وبهذا قال الفقهاء .

ووجهتهم فى هذا : أن الأصل فى اللغة هو المحتاج إليه ، والمحل الأول أحق بهذا التسمية ، لأن الحكم يفتقر إليه فى تعلقه به ، والمحل لا يفتقر إلى الحكم(٢) .

وذهب المتكلمون إلى أن الأصل هو دليل الحكم فى الصورة الأولى فالدليل الذى أثبت التحريم للخمر فى المثال السابق وهو قوله تعالى **﴿إنما الخمر ...الخ﴾** هو الأصل .

وذهب البعض : إلى أن كل قياس فيه أصلان وفرعان ، فحكم

---

(١) انظر نهاية السول (٣/٥) .

(٢) انظر الإحكام للآمدى (٣/٢٧٨) وارشاد الفحول ص٢٠٥ وانظر أصول الفقه للشيخ زهير جـ٤ ص٥٩ .

المقيس عليه أصل أول ، وعلة هذا الحكم فرع أول ، وعلة الحكم فى المقيس هى الأصل الثانى ، وحكم المقيس هو الفرع الثانى .

وهذه كلها منازعات الخلاف فيها لا يجدى إذ الأصل هو الصورة المقيس عليها كما وضحنا فى مثال قياس النبيذ على الخمر فى الحرمة بجامع الاسكار فى كل فالخمر هى الأصل، والنبيذ هو الفرع ، وهذا أمر واضح فلا داعى إذا للخلاف الذى يزيد الأمر صعوبة .

وكما قال الإمام ابن السبكى فى الابهاج : ((هذه أمور اصطلاحية لا طائل تحت المنازعة فيها))[١] .

ثانيا : الفرع :

المراد به -هنا- هو ما لم يرد بحكمه نص ، وهو المراد تسويته بالأصل فى الحكم ، ويسمى : المقيس ، والمحمول ، والمشبه .

وقيل فى تعريفه : هو ما ثبت حكمه بغيره ، وقيل : هو اسم لشىء يبنى على غيره[٢] .

فالفرع : هو الواقعة التى يراد معرفة حكمها بالقياس على الأصل[٣].

شروط الفرع :

للفرع شرطان محل اتفاق بين العلماء :

الشرط الأول : أن يكون الوصف الذى جعل علة لحكم الأصل موجوداً ومتحققاً فى الفرع ، سواء كان الوصف نوعاً أو جنساً .

---

(١) الابهاج (٤/٣) .

(٢) العدة (١٧٥/١) .

(٣) انظر أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص٢٣٥ وارشاد الفحول ص٢٠٥ وتيسير التحرير (٢٨٦/٣) .

فالأول : كقياس النبيذ على الخمر بوصف الاسكار .

والثانى : كقياس القصاص فى الأطراف على القصاص فى النفس بوصف الجناية ، فإن العلة الموجودة فى الفرع غير العلة الموجودة فى الأصل ، ولكن الجناية التى جعلت علة فى القياس جنس لهاتين العلتين .

الشرط الثانى : أن تكون العلة الموجودة فى الفرع على قدر العلة الموجودة فى الأصل ومساوية لها ، أى لا تكون العلة الموجودة فى الفرع أقل من العلة الموجودة فى الأصل أو زائدة عنها بكثير مما يوجب عدم ثبوت الحكم فى الفرع بناء على ثبوته فى الأصل لهذه العلة .

أما إذا كانت العلة فى الفرع توجب كون الحكم فيه أولى من الحكم فى الأصل فهذا مما يجوز اعتباره ، لأن الزيادة -هنا- تكون مقبولة ، كقياس الضرب على التأفيف للوالدين ، بجامع الإيذاء فى كل ، فالإيذاء الذى هو العلة تحققه مع الضرب أكثر لكونه جامعاً للإيذاء المادى والإيذاء المعنوى ، بخلاف التأفيف فالإيذاء فيه معنوياً فقط ، ولاشك أن ما يجمع بين الإيذائين يكون أقوى مما يجعل التحريم للضرب أولى وهذا هو ما يسمى عند الأصوليين بقياس الأولى[1] .

هذا وإليك أهم الشروط المختلف فيها الفرع :

أولا : أن تكون العلة فى الفرع معلومة لا مظنونة ، فإن كانت مظنونة لم يجز الإلحاق بها ولا يثبت حكم الأصل فى الفرع .

وهذا شرط محل اختلاف والأولى عدم اعتباره ، لأن وجود علة الأصل فى الفرع ولو على سبيل الظن موجب لظن ثبوت حكم الأصل فى الفرع[2] .

---

(١) انظر الاحكام للأمدى (٣/٢٧٩) ، ارشاد الفحول ٢٠٥ ، كشف الأسرار (٣/٣٠٣) ، تيسير التحرير (٣/٢٨٦) ، المستصفى (٢/٣٢٥) .

(٢) نهاية السول (٣/٤) ، والابهاج (٣/٤) .

ثانياً : أن لا يتقدم الفرع في الثبوت على الأصل ، ومثاله قياس الوضوء على التيمم في اشتراط النية ، والتيمم متأخر فيترتب على ذلك ثبوت الحكم في الأصل قبل علته .

وقال الغزالي : ((في هذا انظر لأنه إذا كان بطريق الدلالة يجوز أن يتأخر عن المدلول ، فإن حدوث العالم دل على الصانع القديم ، وإن كان بطريق التعليل فلا يستقيم لأن الحكم يحدث بحدوث العلة فكيف يتأخر عن المعلول ، لكن يمكن العدول إلى طريق الاستدلال فإن اثبات الشرع الحكم في التيمم على وفق العلة يشهد لكونه ملحوظاً بعين الاعتبار ، وإن كان للعلة دليل آخر سوى التيمم فلا يكون التيمم وحده دليلاً لعلة الوضوء السابق))[1] .

ثالثاً : اشتراط أبو هاشم : كون الحكم في الفرع مما ثبتت جملته بالنص ، وإن لم يثبت تفصيله .

وقال أبو هاشم : ((لولا أن الشرع ورد بميراث الجد لما نظر الصحابة في توريث الجد مع الأخوة ، وكذلك لولا أنه ورد الشرع بحد شارب الخمر جملة لما نظروا في تعيين مقدار لذلك الحد))[2] .

وهذا شرط فاسد لأن الصحابة رضوان الله عليهم قاسوا قول الرجل لامرأته : أنت عليَّ حرام على الظهار والطلاق واليمين ، ولم يكن قد ورد فيه حكم لا على العموم ولا على الخصوص ، بل الحكم إذا ثبت في الأصل بعلة تعدى بتعدى العلة كيفما كان[3] . والله أعلم .

---

(١) انظر المستصفى (٣٢٦/٢) ، والمحصول (٤٨٥/٢/٢) .

(٢) المعتمد (٦٩٩/٢) .

(٣) أصول الفقه لأبي زهرة ص٢٣٦ .

ثالثاً : حكم الأصل :

وهو الحكم الذى يقصد تعديته إلى الفرع فى القياس وقد اشترط العلماء لتعدية حكم الأصل إلى الفرع بالقياس شروط أهمها الآتى :

أولاً : أن يكون حكماً شرعياً ، فلو كان نفياً أصلياً لم يصح القياس . فالنفى الأصلى هو مالا مقتضى له إلا البراءة الأصلية ، وهذا لا يقاس عليه لاثبات حكم شرعى لأن الحكم الشرعى نفى طارىء ، ولا لإثبات نفى أصلى لأنه لا يحتاج إلى دليل فى اثباته .

ثانياً : أن لا يكون منسوخاً ، لأنه حين نسخ يعلم أن العلة فيه قد عدمت الاعتبار من الشارع ، فلا جامع بين الأصل والفرع .

فلكى يلحق الفرع بالأصل فى الحكم لابد أن يكون حكم الأصل ثابتاً غير منسوخ ، حيث إن الحكم المنسوخ قد بين الشارع الحكيم انتهاء العمل به شرعاً فلم يبق له وجود فى الشرع .

ثالثاً : أن يكون الدليل الذى دل على حكم الأصل غير متناول حكم الفرع ، فإن كان متناولاً له كان حكم الفرع ثابتاً بذلك الدليل وليس ثابتاً بالقياس .

فإذا قال المستدل -مثلا- النبيذ كالخمر فى الاسكار فيحرم لقوله عليه السلام ((**كل مسكر حرام**)) فإن الحديث -هنا- يكون قد تناول حكم الفرع -أيضا- فلا وجه لإثباته بالقياس .

أما إذا أراد أن يثبت حرمة النبيذ بالقياس على الخمر فإنه يستند إلى دليل آخر لتحريم الخمر ، كقوله تعالى : ﴿**فاجتنبوه**﴾ .

رابعاً : أن يكون لحكم الأصل علة معينة غير مبهمة ، لأنه كيف يقاس على حكم لم يعلل أصلاً والعلة هى الجامع بين الأصل والفرع .

خامساً : أن يكون حكم الأصل ثابتاً بغير القياس ، فيجب أن يكون ثابتاً بنص من كتاب أو سنة ، فلا يقاس على حكم ثبت بالقياس ، وذلك لكون النصوص هى الأصل الذى يرجع إليه ، فيجب أن تكون هى أساس القياس الذى يبنى عليه ، كما أن القياس فى طبيعته رد إلى الكتاب والسنة ، وهذه هى وجهة نظر من قصر ثبوت حكم الأصل على النص .

أما من ذهب إلى جواز كون حكم الأصل ثابتاً بالاجماع :

فقد قرر بأن مستند الاجماع هو النص -أيضا- لذلك جاز كون حكم الأصل ثابتاً بالإجماع ؛ لأن الاجماع دليل من الأدلة الشرعية وأصل من أصول الاثبات كالكتاب والسنة فيصح تعدية الحكم الثابت بالإجماع كما يصح تعدية الحكم الثابت بالكتاب والسنة .

ومن أمثلة هذا : ثبوت الولاية للأب فى التزويج بالنسبة لابنته البكر الصغيرة فهذا حكم ثبت بالإجماع ، وقد أمكن ادراك العلة فيه وهى الصغر بطريق المناسبة الموجودة بين الصغر وولاية التزويج وبناء على ذلك يمكن أن يقال : الثيب الصغيرة يزوجها أبوها كما يزوج البكر الصغيرة بجامع الصغر فى كل[1] .

سادساً : أن يكون حكم الأصل غير مختص به ، لأن حكم الأصل إذا كان مختصاً به فإنه لا يعدى بالقياس إلى غيره .

ويكون حكم الأصل مختصاً به فى حالة كون العلة لا يتصور وجودها فى غير الأصل ، كقصر الصلاة الرباعية للمسافر فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع مشقة ، ولكن العلة هى السفر ، والسفر لا يتصور وجوده فى غير المسافة .

---

(١) الاحكام للآمدى (٣/٢١٥) ، ارشاد الفحول (١٧٩) .

وكذلك يكون حكم الأصل مختصاً به فى حالة ما إذا دلّ الدليل على ذلك ، كالأحكام الذى دل الدليل على أنها كانت مختصة بالرسول ﷺ .

سابعاً : كذلك من شروط حكم الأصل أن يكون لحكم الأصل علة يدركها العقل ، ثم توجد تلك العلة فى محل آخر ؛ لأنه إذا كان لا سبيل للعقل إلى إدراك علة حكم الأصل فإنه لا يمكن أن يتعدى الحكم بواسطة القياس ، لأن أساس القياس إدراك علة حكم الأصل وإدراك تحققها فى الفرع ولتوضيح هذا الشرط أقول :

إن الله تبارك وتعالى شرع الأحكام الشرعية العملية لمصالح الناس وما شرع حكم عبثاً لغير علة إلا أن الأحكام الشرعية نوعان :

نوع من الأحكام استأثر الله تعالى بعلم عللها لاختبار عباده وابتلائهم بتكليفه لهم بها ، وهذه هى الأحكام التعبدية أو الأحكام غير المدرك معناها، فقد اختبر الله تعالى بها عباده هل سينفذون ويطيعون ولو لم يدركوا ما بنى عليه الحكم من علة .

وهذه كتحديد عدد الركعات فى الصلاة ، ومقادير الحدود والكفارات .

وهناك من الأحكام ما أرشد الله تبارك وتعالى إلى علم عللها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للإهتداء بها ، وهذه هى الأحكام معقولة المعنى ، والتى يمكن فيها أن يتعدى الحكم من الأصل إلى غيره بواسطة القياس ، كتحريم شرب الخمر الذى تعدى بالقياس إلى شرب أى شىء آخر مسكر ، وتحريم الربا فى القمح والشعير الذى عدى بالقياس إلى الذرة والأرز ، وغير هذا من الأحكام[1] .

---

(١) انظر شروط حكم الأصل فى المحصول (٤٨٥/٢/٢) وما بعدها ، والاحكام للآمدى (٢٧٨/٣) وما بعدها ، وارشاد الفحول ص٢٠٥ .

وهناك شروط أخرى لحكم الأصل قال بها البعض القليل من العلماء فقط .

منها اشتراط الكرخى عدم مخالفة حكم الأصل للأصول والقواعد المعلومة من الشرع ، فإن كان مخالفاً لها فإنه لا يصح القياس عليه – عنده – إلا بواحد من أمور ثلاثة :

١- التنصيص من الشارع على علة الحكم ؛ لأن التنصيص على العلة فى هذه الحالة يكون إذناً من الشارع بالقياس .

٢- الاجماع من الأمة على أن الحكم معقول المعنى وليس تعبدياً ، سواء اتفقوا على خصوص العلة أو اختلفوا فيها .

٣- أن يكون القياس موافقاً لأصول شرعية غير تلك الأصول التى خالفها حكم الأصل[١].

هذا والله تبارك وتعالى أعلم .

رابعاً : علة حكم الأصل :

العلة : هى وصف فى الأصل بنى عليه حكمه ويعرف به وجود هذا الحكم فى الفرع ، كالإسكار فهو وصف فى الخمر بنى عليه تحريمه .

وقد اختلف الأصوليون فى معنى العلة :

فذهب الفخر الرازى والبيضاوى إلى : أن العلة هى الوصف المعرف للحكم .

فالوصف هو المعنى القائم بالغير ، والمعرف للحكم أى الذى جعل

---

(١) انظر أصول السرخسى (١٥٠/٢) ، وكشف الاسرار (٣٠٣/٣) .

علامة عليه من غير تأثير فيه ، ولا باعثاً عليه ، "واللام" فى الحكم المتبادر منها الاستغراق ، وبذلك يكون الحكم شاملاً لحكم الأصل وحكم الفرع ، ويكون مقتضى التعريف أن العلة معرفة لحكم الأصل وحكم الفرع[1] .

وذهب الآمدى إلى : أن العلة هى الوصف الباعث على الحكم ، والباعث -هنا- اشتمال الوصف على حكمة تصلح أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم مثل جلب المصلحة أو دفع المفسدة[2] .

وقال الغزالى : بأن العلة هى الوصف المؤثر فى الحكم بجعل الشارع له لا بذاته .

والمؤثر -هنا- بمعنى الموجد ، وتأثير الوصف ليس بذاته كما تقول المعتزلة بل بجعل الشارع[3] .

وقالت المعتزلة : العلة هى الوصف المؤثر فى الحكم بذاته .

بمعنى أن يخلق الله تعالى فيه قوة التأثير .

وهذا زعم مبنى على أن العقل يدرك فى الأشياء حسناً وقبحاً ، وأن الأحكام تكون تابعة لما يدركه العقل ، وهو زعم باطل[4] .

---

(١) انظر المحصول (٥٠٠/٢/٢) .

(٢) الإحكام للآمدى (٢٨٢/٣) .

(٣) المستصفى (٣٢٧/٢) .

(٤) الإحكام للآمدى المرجع السابق وأصول الفقه للشيخ زهير جـ٤ ص٦٣ .

الطرق الدالة على العلية

أولاً : النص : وهو ما يدل بالوضع من القرآن أو السنة على علية وصف لحكم . كقوله تعالى :﴿**فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم**﴾[1] .

والنصوص إما قاطعة ، وإما ظاهرة .

فالنصوص القاطعة : هى التى توضع للعلية ولم تستعمل فى غيرها كقوله تعالى : ﴿**ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم**﴾[2] . فمن النصوص القاطعة كلمة "كى" ، و "لأجل" ، "من أجل" ، "بسبب كذا" ، "لعلة كذا" ، "لمؤثر هو كذا" ، "لموجب هو كذا" ، "إذا".

أما النص الظاهر : فهو الذى وضع للتعليل ، ويحتمل غير التعليل احتمالاً مرجوحاً مثل اللام فى قوله تعالى : ﴿**أقم الصلاة لدلوك الشمس**﴾[3] .

ثانياً : من الطرق الدالة على العلية الإيماء : وهو عبارة عما يدل على علية وصف لحكم بواسطة قرينة من القرائن ، كقوله تعالى : ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾[4] .

ثالثاً : من الطرق الدالة على العلية الاجماع : كاتفاق المجتهدين

---

(١) الآية (١٦٠) من سورة النساء .

(٢) الآية ٧٠ من سورة الحشر .

(٣) الآية ٧٨ من سورة الإسراء .

(٤) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

على أن علة تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب في الميراث هو امتزاج النسبين في الشقيق ، فيقاس الأخ الشقيق في ولاية النكاح على الأخ الشقيق في الميراث في تقديمه على الأخ لأب في كل منهما لاشتراكهما في انفراد الشقيق بامتزاج النسبين .

رابعاً : من الطرق الدالة على العلية السبر والتقسيم .

والسبر معناه : البحث والاختبار ، والتقسيم معناه : جمع الأوصاف التي يظن كونها علة في الأصل .

أي أن القائس أو المجتهد يقوم بجمع الأوصاف التي يظن كونها علة في الأصل ثم يقوم باختبارها بإبطال مالا يصلح منها للعلية فيتعين الباقي للتعليل .

لذا فإنه كان يمكن أن يقال : التقسيم والسبر .

وقيل : السبر والتقسيم هما لقب واسم لشيء واحد وهو حصر الأوصاف التي يتوهم الباحث كونها علة ، وابطال مالا يصح منها التعليل .

ومثاله : أن يجمع الباحث علة تحريم الربا في البر ، فيحصرها في : الطعم ، أو الكيل ، أو الاقتيات ، ثم يبطل الكيل بالنقص بالتراب مثلا ، ويبطل القوت بعدم التأثير فتعين الباقي وهو الطعم للتعليل به .

خامساً : من الطرق الدالة على العلية : الطرد وهو مقارنة الحكم للوصف من غير مناسبة بينهما ، فالوصف الطردي هو الذي لا يكون مناسباً ولا مستلزماً للمناسب ، ويكون الحكم حاصلاً معه في جميع محاله **إلا في محل النزاع .**

ومثاله : قول بعض الفقهاء : الماء المستعمل يصح التطهر به كالماء

المطلق لاشتراكهما فى وصف وهو أن كلا منهما تبنى القنطرة على جنسه.

فالتطهير بالماء المطلق ثابت وحاصل فى جميع محاله ، كما فى ماء السماء ، وماء النهر، وماء البحر ، وماء البئر ، وماء الثلج ، وماء البرد .

أما الماء المستعمل فالتطهير به فيه خلاف ، فقال البعض لا يصلح التطهير به لأن الطرد لا يصلح دليلاً على العلية ، فلا يجوز التطهير به لهذا الوصف الطردى وإنما يجوز إذا وجد له دليل آخر من نص أو إجماع وذهب البعض : إلى أنه يصح التطهير به لهذا الوصف الطردى .

الطريق السادس : من الطرق الدالة على العلية تنقيح المناط وهو أن يبين المستدل الغاء الفارق بين الأصل والفرع ، فيلزم اشتراكهما فى الحكم.

وقيل : هو الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه بإلغاء الفارق كقياس الأمة على العبد فى السراية ، لأنه لا فارق بينهما إلا الذكورية وهى وصف ملغى .

الطريق السابع : المناسبة ، وهى الملائمة . والمناسب هو وصف ظاهر منضبط يحصل عقلاً من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصوداً من جلب منفعة أو دفع مضرة .

الطريق الثامن : الشبه وهو الوصف الذى لم تظهر مناسبته بعد البحث التام ولكن عهد من الشارع الإلتفات إليه فى بعض الأحكام ، كالطهارة بالنسبة لتعيين الماء فى إزالة النجاسة ، فإنها وصف لم تظهر مناسبته لتعين الماء ولكن عهد عن الشارع اعتبار الطهارة بالماء فى الوضوء ومس المصحف والطواف والصلاة ، ولذلك قاس الشافعى إزالة

النجاسة على طهارة الحدث بجامع الطهارة فى كل منهما وأثبت تعين الماء فى إزالة النجاسة كتعينه فى طهارة الحدث .

ووجه تسمية الوصف بالشبه على هذا التعريف : أن له شبهاً بالوصف المناسب من حيث التفات الشارع إليه فى بعض الأحكام ، وشبهاً بالوصف الطردى من حيث إن مناسبته للحكم لم تظهر بعد البحث والتأمل[1] .

أقسام العلة

للعلة تقسيمات متعددة :

أولاً : تنقسم العلة إلى : متعدية ، وقاصرة .

فالمتعدية : هى التى توجد فى المحل المنصوص أو المجمع عليه ، وتوجد -أيضا- فى غيره ، كالسكر فإنه موجود فى الخمر -وهو منصوص عليه- وموجود فى النبيذ ولم يرد فيه نص أو إجماع .

والعلة القاصرة : هى التى لا توجد إلا فى محل النص أو محل الإجماع ، كتعليل ربوية الذهب بكونه ذهباً .

---

(1) انظر مزيداً من التفصيل فى العلة وأركان القياس

المحصول (٤٩٥/٢/٢) وما بعدها ، والاحكام للأمدى (٢٨٠/٣) وما بعدها ، وارشاد الفحول ٢٠٥ وما بعدها ، كشف الأسرار (٣٠٣/٣) وما بعدها ، تيسير التحرير (٢٧٨/٣) وما بعدها ، روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر العاطر جـ٢ ص٣٠٦ وما بعدهما ، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٤ ص٦١ وما بعدها ، أصول الفقه للخضرى ص٢٩٣ وما بعدها ، أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص٢٢٨ وما بعدها .

ثانياً : تنقسم العلة إلى : مركبة ، وبسيطة .

فالمركبة : إما مركبة من صفتين : حقيقية ، وإضافية كأن يقال لا يجوز القصاص من الأب الذى قتل ابنه ، لأنه قتل صدر من الأب ، فالقتل حقيقى والأبوة اضافية .

وإما أن تكون العلة مركبة من صفة حقيقية وأخرى سلبية كأن يقال : يقتص من المسلم الذى قتل ذمياً ، لأنه قتل بغير حق ، فالقتل حقيقى ، وغير الحق سلبى

وقد تكون العلة مركبة من صفة : حقيقية ، وأخرى إضافية ، وثالثة سلبية ، كأن يقال : يقتص من هذا القائل لكونه قتل عمداً بغير حق ، فالقتل وصف حقيقى ، والعمد وصف إضافى، وكون القتل بغير حق وصف سلبى.

ثالثاً : تنقسم العلة إلى : علة هى نفس محل الحكم ، وعلة هى جزء لمحل الحكم ، وعلة هى أمر خارج عن المحل .

فمثال التعليل بالمحل أن يقال : الذهب ربوى لكونه ذهباً .

ومثال التعليل بجزء المحل أن يقال : يباح البيع لكونه عقد معاوضة فإن عقد المعاوضة جزء من حقيقة البيع ، لأن حقيقة البيع : هى عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة .

وقول الفقهاء : لا على وجه القربة يخرج القرض[١] .

فتعليل إباحة البيع بكونه عقد معاوضة تعليل بجزء محل الإباحة وهو البيع .

---

(١) راجع قليوبى على شرح المنهاج للنووى (١٥٢/٢) .

ومثال التعليل بأمر خارج عـن المحـل وعـن جـزء المحـل أن يقـال : يبطل بيع الآبق لعدم القدرة على تسليمه ، فإن عدم القدرة على تسليم المبيع ليس هو عين البيع ولا جزء البيع حتى يكـون تعليـلاً بـالمحل فـى الأول أو يكون تعليلاً بجزء المحل فى الثانى ، بل إن عدم القدرة علـى تسـليم المبيـع أمر خارج عن محل الحكم وعن جزئه[1] . والله أعلم .

---

(١) راجع روضة الناظر بشرح نزهة الخاطر العاطر (٣١٥/٢) وما بعدها وتيسير التحرير (٣٠٦/٣) وما بعدها . وانظر المراجع السابقة .

المبحث الثالث

حجية القياس

للأصولبين كلام كثير فى حجية القياس ، وقبل أن نبين أقوال الأصولبين -هنا- نريد أن ننبه : أنه لا خلاف فى وجوب العمل بالقياس الجلى وهو الذى يقطع بنفى الفارق ، كقياس الضرب على التأفيف ، وكذلك اتفق الأصوليون على وجوب العمل بالقياس إذا كان منصوصاً على علته ، واختلف الأصوليون بعد ذلك فى غير هذا من الأقيسة هل يعتبر حجة يجب العمل به شرعاً أو لا ؟

أقوال الأصوليين فى حجية القياس :

المذهب الأول : وهو للجمهور واختاره البيضاوى وغيره : أن القياس حجة ويجب العمل به شرعاً لا عقلاً .

المذهب الثانى : أنه يجب العمل به شرعاً وعقلاً واختاره القفال وأبو الحسين .

المذهب الثالث : يجوز العمل بالقياس عقلاً ويمتنع شرعاً ، وهذا مذهب أهل الظاهر[1] .

---

(١) انظر المذاهب فى حجية القياس فى شرح اللمع (٢/٧٦٠) والمستصفى (٢/٢٣٢) والتبصرة ٤١٩ والبرهان (٢/٧٥٣) والمعتمد (٢/٧٠٦) ، والمحصول (٢/٢/٣١) والإحكام لابن حزم (٨/ ٧٦) والإحكام للآمدى (٤/٥) .

الأدلة ومناقشتها

أولاً : الأدلة على وجوب العمل بالقياس شرعاً :

استدل الجمهور بالآتى :

١- **الدليل الأول :** قال تعالى آمراً بالاعتبار : ﴿**فاعتبروا يا أولى الأبصار**﴾[1] .

ووجه الاستدلال : أن الله تعالى قد أمر بالاعتبار ، والاعتبار معناه العبور والانتقال من مكان إلى مكان آخر ، والعبور هو المجاوزة ، فيقال : جزت على فلان أى عبرت عليه ، فيكون الاعتبار مجاوزة .

ولما كان القياس مجاوزه بالحكم من الأصل إلى الفرع كان القياس مجاوزة أيضاً ، فيكون الأمر بالاعتبار أمراً بالقياس ، فيكون القياس مأموراً به من هذا القبيل ، وهذا الأمر للوجوب ، حيث لم توجد قرينة تصرف الأمر إلى غير الوجوب ، فيكون العمل بالقياس واجباً شرعاً وهو المطلوب .

وقد اعترض الخصم على هذا الاستدلال : بأننا لا نسلم هذا ، لأن المراد بالآية -هنا- الأمر بالاتعاظ ، وليس المأمور به فى الآية هو القياس، وإلا لما كان هناك تناسب بين صدر الآية وآخرها فصدر الآية يفيد: أن قوماً نقضوا العهد الذى كان بينهم وبين الرسول صلى الله عليه وسلم فكان جزاؤهم فى الدنيا تخريب بيوتهم بأيديهم وأيدى المؤمنين ، وهذا يناسبه الأمر بالاتعاظ ، فيكون المعنى : احذروا أن تفعلوا مثل ما فعل هؤلاء حتى لا يصيبكم مثل ما أصابهم، وبهذا التفسير تتم المناسبة بين أجزاء الآية الكريمة .

وقد أجيب عن هذا الاعتراض : بأن عدم التناسب يتأتى لو قصرنا

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة الحشر .

المعنى على الأمر بالقياس فقط على أن المراد من الاعتبار القياس دون غيره ، ولكن لم نقل هذا ، بل إن المراد بالاعتبار -هنا- المجاوزة -كما قلنا- وهى قدر مشترك بين القياس والاتعاظ .

فالقياس مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع ، والإتعاظ مجاوزة من حال الغير إلى حال النفس ، فالمر بالمجاوزة أمر بالقياس والاتعاظ[1] .

٢- الدليل الثانى على وجوب العمل بالقياس شرعاً :

الإجماع فى عصر الصحابة رضوان الله عليهم حيث وقع العمل منهم بالقياس فى الكثير من الوقائع منها :

أن أبا بكر -رضى الله عنه- لما سئل عن الكلالة قال : أقول فيها برأى فإن يكون صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان والكلالة قيل : هى ما عدا الوالد والولد والرأى -هنا- هو القياس كما أن عمر -رضى الله عنه- قال فى الجد : أفضى فيه برأى وغير هذا من القضايا المجمغ عليها والمعمول فيها بالرأى .

٣- الدليل الثالث : ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال :((**لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها**))[2] .

فقد حكم ﷺ بتحريم أثمان الشحوم ، قياساً على أكلها المحرم بالنص، وفى هذا عمل بالقياس .

---

(١) انظر الدليل ومناقشته فى المراجع السابقة ، وانظر التبصرة ص٤١٩ ، ونهاية السول (١٠/٣) ، شرح منهاج البيضاوى للأصفهانى (٦٣٣/٢) وما بعدها .

(٢) الحديث أخرجه البخارى فى كتاب البيوع باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع (٧٢/٣) ، كما أخرجه مسلم فى المساقاة باب تحريم بيع الخمر والميتة (٢٠٧/٣) .

هذا بعض من الأدلة التى استند إليها الجمهور فى وجوب العمل بالقياس وهى مبسوطة بالتفصيل فى كتب أصول الفقه[1] .

ثانياً : أدلة من منع العمل بالقياس شرعاً :

استدل من منع العمل بالقياس بأدلة منها :

قوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدى الله ورسوله**﴾[2] ووجه الاستدلال: أن العمل بالقياس عمل فيه تقديم بين يدى الله ورسوله ، لأنه عمل بغير الكتاب والسنة ، وهو منهى عنه فيكون العمل بالقياس منهياً عنه .

وقد أجيب عن هذا : بأننا لا نسلم بأن العمل بالقياس فيه تقديم بين يدى الله ورسوله بل إن العمل بالقياس شيء مأمور به ، فقد أمر سبحانه وتعالى بالاعتبار والمجاوزة ، وفيه أمر بالقياس كما تقدم .

ولو كان القياس منهياً عنه لما أقر الرسول ﷺ معاذ بن جبل حين قال: ((**أجتهد رأى**)) وصرح بالعمل بالقياس حين لم يوجد النص .

والأدلة هذه وغيرها من المخالف لا تقوى على مواجهة أدلة الجمهور ولا تترجح عليها بوجه ما ، بل إن الأدلة متضافرة على أن القياس حجة بلا شك ، وكلها أدلة قوية صريحة فى العمل بالقياس ، وما ذكرته منها هو قليل نادر ، حيث إن المجال ليس هو مجال سردها وتفصيل القول فيها[3] .

---

(١) من أراد المزيد فليراجع ما ذكر من مراجع وغيرها فى هذا الشأن .

(٢) الآية رقم (١) من سورة الحجرات .

(٣) لمزيد من الأدلة المراجع السابقة ، والوصول إلى علم الأصول (٢/٢٣٢) وتيسير التحرير (٤/١٠٤) وأصول السرخسى (٢/١٢٤) والمحصول (٢/٢/٣١) وشرح تنقيح الفصول (٢٨٥) .

الفصل الثانى

الجريمة والعقوبة بين الشريعة والقانون

المبحث الأول : فى الجريمة وأقسامها

المطلب الأول : معنى الجريمة

المطلب الثانى : أقسام الجريمة

المبحث الثانى : العقوبة ، وأغراضها ، وأهم المبادىء التى تقوم عليها .

المطلب الأول : معنى العقوبة .

المطلب الثانى : أغراض العقوبة .

المطلب الثالث : المبادىء التى تقوم عليها العقوبة .

المبحث الثالث : أقسام العقوبة وجريان القياس فى العقوبات

المطلب الأول : تقسيم العقوبة فى القانون

المطلب الثانى : جريان القياس فى العقوبات فى القانون

المطلب الثالث : الشريعة الإسلامية أصل لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

المبحث الأول
الجريمة وأقسامها

المطلب الأول : معنى الجريمة

المطلب الثانى : أقسام الجريمة

المطلب الأول
معنى الجريمة

المعنى اللغوى : تطلق الجريمة فى اللغة على معان متعددة : فتطلق علـى القطـع ، يقـال : جرمـه يجرمـه أى قطعـه ، وجـرم النخـل أى قطعـه وصرمه .

وتطلق -أيضاً- على الكسب ، فيقال : أجرم وإجترم أى كسب لأهلـه وجريمة القوم كاسبهم .

وتطلق -أيضاً- على الذنب فيقال : أجرم فلان بمعنـى أذنـب فـالجرم الذنـب ومـن هـذا قولـه تعـالى : ﴿**إن الذيـن أجرمـوا مـن الذيـن آمنـوا يضحكون**﴾[1] .

وتطلق أيضاً على الجناية ، فيقـال : أجـرم جريمـة أى جنـى جنايـة ، وأصـل الجنايـة من جنـى الثمـر وهـو الأخـذ مـن الشـجر ومكتسـب الشـر يسمى جان .

فالجريمة[2] فى اللغة تطلق على كل فعل يصدر من الإنسـان يعتـدى به على نفسه أو يعتدى به على غيره .

ففى القطع نوع من الاعتداء لأن القاطع إذا قطـع شيئا متصـلا فكأنـه بفعله اعتدى عليه فقطعه .

---

(١) الآية ٢ من سورة المطففين .

(٢) لسان العرب (٤٤٥/١) ، المصباح المنير (١٠٦/١) .

وفى الكسب -أيضا- شيء من الاعتداء ؛ لأن الذى يكسب الإثم يكون قد اعتدى على نفسه بتحميلها الإثم .

وكذلك المذنب بذنبه يجنى على نفسه أو على غيره .

وكذلك الجانى بارتكابه الجناية يكون قد اعتدى على نفسه أو على غيره ؛ لأن الجناية اسم لما يجنيه الإنسان عن شر اكتسبه .

المعنى الاصطلاحى :

لما كنا بصدد الكلام عن الجريمة لذا فإن لابد من معرفة ماهية الجريمة ، وحتى يكون لدى القارىء تصور كامل عنها فإنه لابد من بيان المعنى فى القانون الوضعى ، والمعنى فى الشريعة الإسلامية .

أولاً : معنى الجريمة فى القانون الوضعى .

يختلف معنى الجريمة فى القانون الوضعى حسب نوع كل جريمة ، فهناك الجريمة المدنية، والجريمة التأديبية (الإدارية) والجريمة الجنائية .

١- **الجريمة المدنية :** هى كل ما يصدر عن الانسان من أفعال تسبب ضرراً لغيره ، بحيث يلزم مرتكبه بالتعويض .

وهذا المعنى مأخوذ من نص المادة رقم ١٦٣ من القانون المدنى التى تنص على أن ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض)) .

فكل خطأ يسبب ضرراً للغير يسمى لدى علماء القانون المدنى جريمة مدنية(١) .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام ٤٧ ط ١٩٧٣ دار النهضة .

٢- الجريمة الإدارية أو التأديبية :

تقع الجريمة التأديبية من موظف ، فتفترض الجريمة التأديبية وجود هيئة أو مؤسسة أو شركة لها قواعد تستهدف كفالة حسن سير العمل بها والحفاظ على هيبتها وكرامتها ، ووجود موظف يقع على عاتقه واجبات يمليها عليه قانون الهيئة أو المؤسسة أو الشركة ، وأى خروج على تلك القوانين أو اخلال بالواجبات يعد جريمة تأديبية أو إدارية .

فالجريمة التأديبية أو الإدارية إذا : هى اخلال شخص ينتمى إلى هيئة بالواجبات التى يلقيها على عاتقه انتماؤه إليها[١] .

٣- الجريمة الجنائية :

هى كل فعل غير مشروع وضع له قانون العقوبات عقوبة .

مما جعل الكثير من شراح القانون يعرف الجريمة بأنها فعل يفرض له القانون عقوبة فضابط الجريمة فى هذا التعريف هو ما يضعه القانون للفعل من عقوبة .

وقد عرفها الأستاذ الدكتور / محمود نجيب حسنى بتعريف يجمع العناصر المكونة للجريمة فقال : هى فعل غير مشروع ، صادر عن إرادة جنائية ، يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً أحترازياً[٢] .

---

(١) انظر مبادىء القانون الإدارى للأستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، ٤٦٥ ط سنة ١٩٨١ .
وانظر نص المادة رقم ٥٣ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ إدارى .

(٢) شرح قانون العقوبات ٤٥ .

وقد قصد بالفعل هنا السلوك الإجرامى الذى يصدر عن الاثم ليشمل الفعل أو اللفظ أو أى نشاط إيجابى غير مشروع ، وليشمل أيضا اى امتناع يؤدى إلى وقوع ضرر بالغير يكون الجانى مسئولا عنه كأن تمتنع الأم عن ارضاع طفلها ليموت أو يمتنع السباح من انقاذ الغريق وغير هذا مما يعد امتناعاً غير مشروع .

ويكون الفعل غير مشروع مما يعد جريمه جنائية اذا تضمن قانون العقوبات نصاً يجرمه ، فالاعتداء على الحياة مثلا عملا غير مشروع وقد جرمته المادة رقم ٢٣٤ من قانون العقوبات

فالجريمة الجنائية إذا تقوم على أركان لابد من تحققها ليوصف الفعل بكونه جريمة يعاقب عليها القانون .

وهذه الأركان ثلاثة :

الركن الأول : وهو الركن الشرعى ، وهو عبارة عن الصفه غير المشروعة للفعل ، ويكون الفعل غير مشروع اذا دخل تحت نص قانون يجرمه ويحدد له عقوبة توقع على مرتكبه. وكذلك عدم خضوع الفعل لسبب إباحة كما فى حالة القتل دفاعاً عن النفس ، فقد انطوى فعل الاعتداء على الغير بالقتل على سبب إباحة وهو حالة الدفاع الشرعى

الركن الثانى : وهوالركن المادى وهو تحقق الجريمة فى الوجود الخارجى وتحقق الجريمة فى العالم أوالوجود الخارجى بالفعل أو النشاط الإجرامى وبالنتيجة ، وبالعلاقة التى بين الفعل والنتيجة وهى علاقة السببية، حيث إن علاقة السببية هى الرابطة بين الفعل والنتيجة.

الركن المعنوى : وهو الإدارة التى يقترن بها الفعل ، سواء اتخذت شكل القصد أوالخطأ . فـإذا اتخذت الإرادة صورة القصد كانت الجريمة عمدية ، وإذا اتخذت صورة الخطأ وصفت الجريمة بأنها غير عمدية .

وهذه هى الأركان العامة للجريمة فى القانون الوضعى لكن هناك اركان خاصة تتعلق بكل جريمة على حدة لذا فهى تختلف حسب كل جريمه وظروف ارتكابها وطبيعتها

فمثلا جريمه القتل العمد لها اركان خاصة هى

كون المجنى عليه حي وقت الجريمة ، وجود اعتداء تترتب عليه الوفاة . وجود قصد جنائى وهو نية ازهاق روح المجنى عليه

وجريمة السرقة مثلا تتطلب : كون المال منقولا ، مملوك للغير ، وقوع فعل اختلاس ، وجود القصد الجنائى وهو نية أخذ مال الغير بقصد السرقة[1]

ثانيا معنى الجريمة فى الشريعة الإسلامية

لقد عرفها الماوردى[2] بقوله : ((الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير))[3]

---

(١) قانون العقوبات (٥١ . ٥٢)

(٢) هو أبو الحسن بن الحبيب الماوردى ، البصرى ، درس على الشيخ أبو حامد الأسفرايينى، له الكثير من المصنفات، توفى ببغداد سنة ٤٥٠هـ وكان عمره ٨٦ سنة انظر البداية والنهاية (٨٠/١٢)

(٣) انظر الأحكام السلطانية ٢١٩ للماوردى .

وعرفها القاضى أبو يعلى الحنبلى[1] بقوله : ((والجرائم محظورات بالشرع زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير))[2] .

وبهذين المعنيين عرفها المرحوم الشيخ عبد القادر عودة .

وقال ((فالجريمة اذا هى اتيان فعل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، أو هى فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمة والعقاب عليه))[3] .

لفظ الجريمة ولفظ الجناية :

يشارك لفظ الجريمة فى المعنى لفظ الجناية وخاصة إذا استعمل لفظ الجناية بالمعنى العام وهو ما فعله بعض الفقهاء .

فالجناية اسم لفعل محرم شرعاً ، والجريمة كذلك هى كل فعل محرم شرعاً ولهذا نظر الإمام ابن رشد إلى الجناية بالمعنى العام فقسمها إلى :

١- جنايات مقدرة على الأبدان والنفوس بالقتل والجرح وما إليهما من قطع أو كسر أو شج ، أو ابطال قوة أو معنى فى بعض الأعضاء .

٢- جنايات على الفرج بالزنا .

٣- جنايات على الأموال بالسرقة وقطع الطريق .

---

(١) هو القاضى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء ، المعروف بالقاضى أبو يعلى ، كان فقيهاً حنبلياً، له الكثير من المؤلفات منها : أحكام القرآن ، والكفاية فى أصول الفقه ، والأحكام السلطانية ولد سنة ٣٨٠هـ ومات سنة ٤٥٨هـ .

انظر البداية والنهاية (٩٤/١٢) .

(٢) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ٢٥٧ .

(٣) التشريع الجنائى الاسلامى القسم العام ٦٦ .

٤- جنايات على الأعراض بالقذف .

٥- جنايات على العقول ، بتعاطى ما حرم الله من مأكل ومشرب وهذا القسم منحصر فى الشريعة بشرب الخمر[١] .

وهذا تقسيم للجناية إذا ما نظر إليها بالمعنى العام ولكن لابد من إضافة قسم آخر وهو الجناية على الدين وهى جريمة الردة .

وقد ذكر الباجورى فى حاشيته فبين أن الجناية لفظ عام ولكن يطلق ويراد به معنى خاص.

فقال : ((الجنايات : جمع جناية أعم من أن تكون قتلا ، أو قطعا ، أو جرحاً)) وقال : ((أما الجناية على الأموال ، والأعراض ، والأنساب ، والعقول، والأديان فليست مرادة هنا أى فى الجنايات وإن كان التعبير بالجنايات يشملها))[٢] لكن المشهور عند الفقهاء اطلاق الجناية على معنى خاص .

فقد اطلق لفظ الجناية عندهم على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وهى القتل والقطع ، والجرح ، والضرب ، والإجهاض .

لذا جاء فى كشاف القناع للحنابلة : ((الجناية شرعا : التعدى على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو غيره))[٣] يعنى مالاً أو كفارة .

لذا فإن البعض اكتفى بالتعبير عن الجنايات : بالجراح والدماء نظراً لما هو أغلب فى وقوع الجناية .

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٤٤٦/٢) .

(٢) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم مجلد ٣ جـ٢ ص (٤، ٥) .

(٣) كشاف القناع (٣٣٢/٣) .

وقد سميت الجنايات على الأموال : غصباً أو نهباً ، أو سرقة ، أو خيانة أو اتلافاً.

أما الجنايات المزهقة للنفس فتسمى قتلا[1] .

وأقول : إن الجناية لفظ إذا نظر إليه بالمعنى العام وهو التعبير العرضى فإن لفظ الجناية يكون مرادفاً للفظ الجريمة .

مقارنة بين المعنى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى :

يلاحظ أن القانون الوضعى وضع تعريفاً للجريمة مفرقاً فى هذا بين كل نوع من أنواع الجريمة مما جعل واضعى التعاريف ينظرون إلى كل جريمة حسب نوع المادة التى تنظمها .

فبالنسبة للجريمة المدنية : نجد أن القانون الوضعى المعيار فيها هو ما يسببه الفعل من ضرر للغير فيلزم مرتكبه بالتعويض .

وها هو المعنى الذى سار عليه الفقه الإسلامى وجاءت به الشريعة الإسلامية سابقة فى هذا أى تشريع وضع ، وما وضع بعد ذلك مشابهاً لما جاءت به إنما هو أخذ من منهجها ومن نظمها فقد عرف الفقه الإسلامى الجريمة المدنية ووضع لها الأسس والقواعد المستقاة من النصوص الشرعية .

فالأصل فى الشريعة : أن الأموال والنفوس معصومة ، وهو ما قاله سيدنا رسول الله ﷺ : **((إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة شهركم هذا فى يومكم هذا))** وأن كل فعل ضار بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله .

---

(١) مغنى المحتاج (٢/٤) .

لكن الضمان فى الشريعة الإسلامية إما أن يكون عقوبة جنائية وهذا إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه من قبل الشارع ، وإما أن يكون عقوبة مالية أو التعويض مالى فى حالة ما يكون الفعل الضار غير معاقب عليه ، لأن الفعل الضار إذا كان معاقباً عليه كان جريمة ، وإذا لم يكن معاقباً عليه فلا يسمى جريمة ، وإنما هو مجرد فعل ضار ويلاحظ أن الفعل قد يكون جريمة تستوجب عقاب الجانى وفى الوقت نفسه يكون فعلاً ضاراً يضمنه الجانى للمجنى عليه[1] .

وهذا كمن يشرب خمراً مملوكة لذمى .

فإنه يعاقب على الشرب وفى الوقت نفسه عليه ضمان الخمر لصاحبها .

وهذا يجعلنا نقول : إن الجريمة المدنية فى الفقه الإسلامى ربما تتداخل مع الجريمة الجنائية فى بعض الأمور .

ففقهاء الشريعة عرفوا الجريمة المدنية ، ولكن ربما لم يطلقوا عليها هذه التسمية .

وكون القانون المدنى جعل الجريمة المدنية كل فعل يسبب ضرراً للغير بحيث يلزم مرتكبه بالتعويض فهو فى هذه الحالة يتفق مع الشريعة الإسلامية ؛ لأن الشريعة الإسلامية تجعل الإنسان مسئولا عن كل فعل ضار يسبب ضرراً للغير وتلزمه بالتعويض ، سواء اعتبره القانون جريمة أو لا .

---

(١) التشريع الجنائى القسم العام (٧٥ ، ٧٦) .

أما بالنسبة للجريمة الإدارية أو التأديبية :

فإن واضعى القوانين وضعوا معياراً للجريمة التأديبية وهو أنها تصدر من موظف ينتمى إلى هيئة ويخل بالتزاماته تجاه تلك الهيئة فيكون مسئولا إدارياً ويكون قد ارتكب جريمة لإخلاله بواجبات الوظيفة .

أما الشريعة الإسلامية فإنها لم تنظر هذه النظرة وتفرق بناء على هذه الاعتبارات وإنما نظرت الشريعة إلى طبيعة العقوبة وإلى ما يحقق العدالة وعلى هذا كانت الجرائم فى الشريعة إما حدود وإما قصاص وإما جرائم تعزير[١] .

ولكن الشريعة الإسلامية أوجبت على كل شخص القيام بمهام العمل المكلف به والحفاظ عليه إلى جانب ما تحتمه من إخلاص فى العمل نابع من تقوى الله ومراعاة الله فى السر والعلن .

فإذا قصر الموظف فى مهام وظيفته أعطت الشريعة لرب العمل الحق فى معاقبته العقاب الذى يتناسب مع ما ارتكبه من تقصير فلرب العمل أو من ينوب عن ولى الأمر حق توجيه اللوم للموظف وله الحق فى الخصم من راتبه أو وقفه عن العمل مدة معينة ، أو عزله ، وهذه كلها عقوبات تعزيرية ، ولكن إذا كان الخطأ الإدارى ترتب عليه ارتكاب جريمة توجب الحد أو القصاص فإنه يعاقب بالحد أو القصاص حسب ما ارتكبه من جرم ، فيحاكم جنائياً ويعاقب بالعقوبة المناسبة .

فالشريعة الإسلامية إذا فيها علاج لكل الأمور وحل لكل المشاكل فقد اشتملت الشريعة الإسلامية على جميع القواعد المنظمة للعبادات

---

(١) التشريع الجنائى القسم العام ٧٤ .

والمعاملات والجنايات وأمور الأسرة والأمور السياسية والقضائية وغيرها وما علينا إلا أن ننظر فى الشريعة ونأخذ منها الحل المطلوب ، دون الانبهار بالقوانين والنظريات الوضعية .

أما الجريمة الجنائية :

فالمعيار فى القانون الوضعى : فيما وضع له القانون عقوبة (قانون العقوبات) فكل فعل غير مشروع وضع له قانون العقوبات عقوبة يعد جريمة فإذا كان الفعل غير مشروع ولكن لم يضع له قانون العقوبات عقوبة فإنه لا يعد جريمة فمثلا جريمة الزنا إذا وقعت برضاء من الزانية فإن هذا لا يعد جريمة فى نظر القانون وغير هذا من الأمور التى لم يجرمها قانون العقوبات مع أنها فى ذاتها جريمة[1] .

وهذا خلاف ما عليه الشريعة الإسلامية فإن الجرائم فى الشريعة محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير ، أو قصاص أو دية إذا ما نظر إلى الجناية بالمعنى العام .

وكلمة ((**محظورات شرعية**)) تبين لنا أن الجريمة فى ذاتها اعتداء على حق الفرد والمجتمع وافساد لحياة المجتمع لما يترتب عليها من مفاسد للأمور وللأخلاق ، فجعل الشارع لها العقوبة المناسبة التى تعمل على حماية الجماعة وتطهير المجتمع من الفساد ، فكانت هناك أوامر ونواهى من الشارع وهى قوانين واجبة الطاعة فمن خرج عنها كان عاصياً ويكون فعله معاقباً عليه من قبل الشارع فالخروج عن حدود الله يرتب العقوبة دون النظر إلى فرد معين أو صفة معينة فجاءت الشريعة فيها مراعاة للعدالة ومراعاة للأخلاق .

---

(١) التشريع الجنائى ٧٠ .

فربما تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية فى مراعاة مصلحة الجماعة والحفاظ عليها وعلى نظامها .

ولكن القوانين الوضعية لم تحرص على مسألة الأخلاق ولم تهتم بها.

فشرب الخمر مثلا فى الشريعة الإسلامية فى حد ذاته جريمة يعاقب عليها الشرع سواء أسكر الشارب أم لم يسكر أما فى القانون فلا عقاب مادام لم يؤد الشرب إلى السكر أو أدى إلى السكر ولكن لم يخرج السكران إلى الطريق العام[1] .

فشرب الخمر فى حد ذاته مفسد للأخلاق فيه ضياع للمال وضياع للصحة ، فوضعت الشريعة الحدود والعقوبات لاعتبارات متعددة بخلاف القوانين فإنها إذا راعت أمراً أهملت آخر مما جعلها ناقصة غير واقية للجماعة من الفساد ، وغير محققة للرقى والتقدم الأخلاقى .

فالتقدم المادى فقط ليس هو مقياس الرقى الإنسانى وإنما مقياس الرقى الإنسانى هو الأخلاق وهو ما حرصت عليه الشريعة الإسلامية وعملت على تطبيقه فى كافة نظمها . والله أعلم

---

(١) عبد القادر عودة (١/٧٠) .

المطلب الثانى
أقسام الجريمة

تمهيد :

هناك تقسيمات متعددة للجريمة تختلف باختلاف جسامة الجريمة وباختلاف حالة التلبس بها ، وباختلاف طبيعة الجريمة ، وقصد الجانى ، وغير هذا مما كان اعتباراً فى تقسيم الجريمة.

وهذا هو ما عليه القانون حيث قسم الجريمة تقسيمات حسب كل ركن من أركان الجريمة.

أولاً : أقسام الجريمة باعتبار جسامتها

تنقسم الجريمة باعتبار جسامتها إلى ثلاثة أقسام : جناية ، وجنحة ، ومخالفة.

فالجناية : هى أشد الجرائم جسامة ، والمخالفة هى أقلها جسامة وقد حددت المادة رقم ١٠ من قانون العقوبات فبينت أن الجنايات هى الجرائم المعاقب عليها : **بالإعدام ، أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، أو السجن .**

والجنح : هى الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذى يزيد أقصى مدته على اسبوع أو الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى (المادة رقم ١١ من قانون العقوبات) أما المخالفة فهى الجريمة المعاقب عليها بالحبس الذى لا يزيد أقصى مدته على أسبوع أو الغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى (المادة ١٢ من قانون العقوبات)[١] .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام للأستاذ الدكتور/ محمود نجيب حسنى ٥٨ .

مع ملاحظة أن هذه المواد يمكن أن تتغير طبقاً لظروف العصر .

وهذا التقسيم له ما يقابله فى الشريعة الإسلامية فتنقسم الجرائم باعتبار جسامتها إلى : حدود ، **وقصاص أو دية** ، وتعازير فما له قصاص أو دية يسمى جناية فى نظر الفقه الإسلامى وما له حد يسمى جريمة وما ليس له حد ولا قصاص أو دية يسمى تعزيراً فجرائم الحدود معينة ومحددة من قبل الشارع الحكيم ، وهى حد الردة ، حد الزندقة ، حد ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ، حد اللواط ، حد القذف ، حد الشرب ، حد السرقة ، حد الحرابة ، حد البغى .

وجرائم القصاص أوالدية هى : القتل العمد ، القتل شبه العمد ، القتل الخطأ ، الجناية على ما دون النفس عمداً ، الجناية على ما دون النفس خطأ[1] .

أما جرائم التعازير فهى ما ليست بحد ولا كفارة وسوف يأتى الكلام عن كل فى حينه ان شاء الله .

ولهذا التقسيم أهميته فى الشريعة .

فمن حيث العفو جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً من أى شخص كان ؛ لأنها حق الله وحق الله هو ما يعبر عنه بحق المجتمع .

أما جرائم القصاص فحق العبد فيها غالب فيجوز فيها العفو إلى الدية كما يجوز العفو عن الدية .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى (٧٩ ، ٨٠) .

وفى جرائم التعازير يجوز فيها العفو لرئيس الدولة ويجوز للمجنى عليه إذا كان الأمر يتعلق بحق له فقط .

- **ومن حيث سلطة القاضى :** فليس للقاضى سلطة تقديرية فيها وإذا ثبتت الجريمة وجب عليه الحكم فيها بما حدده الله وقدره وفى القصاص على القاضى أن يحكم به عند ثبوت الجريمة الموجبة له وهى القتل العمد وهذا ما لم يكن هناك عفوا من ولى الدم فإن عفى ولى الدم على القاضى أن يحكم بالدية ما لم يعف ولى الدم عنها كذلك أما فى التعازير فلولى الأمر العفو وسلطة القاضى التقديرية فيها واسعة .

ثانياً : تقسيم الجريمة من حيث التلبس بها وعدمه .

هذا تقسيم للجريمة من حيث ظروف كشفها فمن حيث ظروف كشف الجريمة تنقسم الجريمة إلى جريمة متلبس بها وجريمة غير متلبس بها فالجريمة : **المتلبس بها** هى الجريمة التى يتم كشفها وقت ارتكابها فيضبط الجانى وهو فى حالة ارتكاب الفعل الإجرامى . والتلبس باب من الأبواب القانونية التى اهتم بها قانون الإجراءات الجنائية .

أما الجريمة غير المتلبس بها : فهى التى تكتشف بعد ارتكابها بمدة فلا تكتشف وقت ارتكابها[1] .

وهذه أمور وتقسيمات لا مانع من الأخذ بها واعتبارها فى الشريعة الإسلامية لتسهيل عملية كشف الجريمة .

وإن كان هذا التقسيم معمول به من الناحية الفعلية فى الشريعة الإسلامية حيث إن شهود الجانى إذا رأوه مرتكباً للجريمة وأمسكوا به وهو فى

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى ٨٥ القسم العام .

حالة ارتكابه للجريمة وشهدوا بهذا فهذه حالة من حالات التلبس[1] فى الشـريعة مما يدل على أخذ الشريعة بهذا التقسيم من الناحية العملية ولهذا التقسيم أهميـة فى الشريعة الإسلامية فمن حيث الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فإنـه لا يمكن استعمال هذا الحق إلا برؤية الجانى متلبساً بالفعل مما يكون هذا سببا فـى نهيه عن ارتكاب هذا الفعل الآثم .

ثالثاً : تقسيم الجريمة من حيث طبيعتها الخاصة

تنقسم الجريمة بحسب طبيعتها الخاصة إلى : **جرائم عادية ، وجرائـم سياسية** كما تنقسم إلى جرائم **ضد** الجماعة ، **وأخرى ضد الأفراد** .

- بالنسبة لتقسيم الجريمة إلى : عادية وسياسية .

هذا تقسيم معمول به فى واقع الحياة القانونية فى كافة نظم العالم وفى الشريعة الإسلامية عرفت الجريمة العادية والجريمة السياسية .

فالجريمة العادية : ربما تدخل مع الجريمة السياسية فـى المضمـون ولكن الذى يفرق الجريمة العادية عن السياسـية هـو البـاعث علـى ارتكـاب الجريمة فإذا كان الباعث هوالتمرد على الدولة وعدم الطاعة لولى الأمـر ، أو الخروج على القوانين والنظم بغية العصيان كانت الجريمة سياسية ومـن هذا القبيل جريمة البغى .

أمـا الجريمـة العاديـة فهـى غير هـذا مـن الجرائـم التـى ترتكـب فـى ظـروف عادية ليست فـى ظـروف ثـورة أو حـرب أو تمـرد أو عصيـان أو غير هذا[2] .

---

(١) المدونة (٦/٤٥) .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى ١٠٦ .

- الجرائم ضد الجماعة والجرائم ضد الأفراد

الجرائم ضد الجماعة : هى ما جرم الفعل فيها لمصلحة الجماعة وحق الجماعة هو المعبر عنه فى الشريعة بحق الله .

أما الجرائم ضد الأفراد : فهى ما جرم الفعل فيها لمصلحة فرد أو أفراد فالمصلحة فى التحريم مصلحة فردية وليست جماعية[1] .

رابعاً : تقسيم الجريمة من حيث القصد الجنائى :

تنقسم الجريمة من حيث الجانى إلى : **جريمة مقصودة ، وجريمة غير مقصودة .**

فالجريمة المقصودة هى ما يتوفر فيها قصد الجانى ارتكاب الجريمة فهى جريمة عمدية كالضرب بسكين حاد فالقتل فيه مقصود .

أما الجريمة غير المقصودة : وهى التى تقع بفعل الجانى ولكن لا يقصد النتيجة المترتبة على الفعل ، وهو ما يسمى فى الشريعة والقانون بالخطأ .

وهذا التقسيم له أثره من حيث تخفيف العقوبة وتشديدها سواء فى الشريعة أم فى القانون[2] .

خامساً : تقسيم الجريمة من حيث الفعل أو الامتناع

تنقسم الجريمة بالنظر إلى هذا إلى **جريمة إيجابية وإلى جريمة سلبية.**

---

(١) انظر المغنى والشرح الكبير (١٠/١٢٠) وانظر التشريع الجنائى الإسلامى ١٠٠ القسم العام .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى ٨٤ .

فإقدام الجانى على فعل شىء منهى عنه شرعاً أو قانوناً يعد جريمة ايجابية ، كإرتكاب السرقة أو الزنا .

وامتناع الجانى عن فعل شىء مأمور به شرعاً أو قانوناً يعد جريمة سلبية ، كالامتناع عن آداء شهادة تنفذ مظلوماً من عقوبة القتل[1] .

وغير هذا من أمور الامتناع الذى يترتب عليه وقوع الجريمة .

سادساً : تقسيم الجريمة من حيث كيفية إرتكابها .

تنقسم الجريمة بالنظر إلى هذا الاعتبار إلى : **جريمة بسيطة ، وجريمة اعتياد .**

كما تنقسم إلى : **جريمة مؤقتة وأخرى غير مؤقتة .**

بالنسبة للتقسيم إلى بسيطة واعتياد .

فالبسيطة هى التى تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب ، فيدخل فيها جرائم الحدود والقصاص .

أما جريمة الاعتياد : فهى التى تتكون من تكرر وقوع الفعل أوالترك فعنصر التكرار نفسه يجعل من الفعل جريمة ، وهذا يكون فى جرائم التعزير ، كأن يتكرر من إنسان ترك الصلاة مثلا فتكرار الترك جعل من الترك جريمة[2] . وهذا ما أخذ به قانون العقوبات أما بالنسبة لتقسيم الجريمة إلى مؤقتة وغير مؤقتة .

---

(١) المغنى والشرح الكبير (١٠/٢١٥) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٧/٦٣) والتشريع الجنائى ٩١ القسم العام .

وهذا تقسيم أخذ به قانون العقوبات من حيث النظر إلى الركن المادى للجريمة وقد نظر فى هذا التقسيم إلى الزمن الذى يستغرقه تحقق الجريمة .

فإذا استغرقت وقتاً يسيراً سميت مؤقتة وإذا استغرقت أوقات سميت مستمرة .

فالقتل مثلا جريمة وقتية : لكن جريمة إخفاء المسروقات **جريمة مستمرة**[1] وهذا تقسيم ربما لم يأخذ به فقهاء الشريعة ولكنه من الناحية العملية تجد له مثالا من خلال النظر فى الجرائم والتقسيمات الشرعية لها .

فجرائم القتل مؤقتة ، وجرائم الحدود كذلك مؤقتة وجرائم التعازير منها المؤقت ومنها غير المؤقت .

فالامتناع عن الحضور للشهادة جريمة مؤقتة ، ومطل الغنى جريمة مستمرة وهى جرائم تعزيرية فقد اجتهد السابقون وحللوا النصوص وفهموا المعانى وبينوا القواعد والمسائل وفرعوا الأحكام وما زال البحث والاجتهاد فى معرفة قواعد الشريعة وأحكامها لا ينقطع إلى يوم الدين فالخير فى أمة محمد ﷺ إلى يوم القيامة وما علينا إلا أن ننظر إلى أمور شريعتنا بعين الاعتبار فنجد فيها ما نريد فقد اشتملت الشريعة على جميع الأسس والمبادىء فلا حاجة لنا بغيرها ففيها ما يغنينا وزيادة .

ولا مانع من أن نبحث ونطلع فى معارف الآخرين ولكن دون الانبهار بها وأخذها بعين الاعتبار والإلتفات إليها وترك ما أمر به شرعنا

---

(١) شرح قانون العقوبات ٣٣٤ .

الحكيم وإغفال تطبيق حدود الله فمن ابتغى الهدى فى غير شرع الله أضله الله ومن ابتغى الغنى فيما سواه أفقره الله ومن ابتغى العزة فى غير شرع الله أذله الله .

فهذه لمحة قانونية شرعية عن الجريمة ما دمنا بصدد الكلام عن اثبات الجريمةوالعقوبة حتى تتضح لنا الصورة ونقف على المعرفة اللازمة؛ حيث إن العلم بالشىء فرع تصور الشىء والله تبارك وتعالى أعلم .

المبحث الثانى

العقوبة ، وأغراضها ، وأهم المبادىء التى تقوم عليها

المطلب الأول : معنى العقوبة

المطلب الثانى : أغراض العقوبة

المطلب الثالث : أهم المبادىء التى تقوم عليها العقوبة

المطلب الأول
معنى العقوبة

العقوبة فى اللغة : تعنى الجزاء الذى يعاقب به مرتكب الذنب .

وقد جاء فى لسان العرب : ((العقاب والمعاقبة أن تجزى الرجل بما فعل سوءا))[1] فكأن فعل السوء يعقبة الجزاء ، يقال : عاقبة بذنبه معاقبة وعقاباً أى أخذه به[2] .

معنى العقوبة اصطلاحاً :

فى اصطلاح علماء القانون : هى الجزاء الذى يقرر القانون ويوقعه القاضى من أجل الجريمة ويتناسب معها[3] .

فقد عرف القانون **العقوبة** بالجزاء وهو ما أخذ من المعنى اللغوى ، وكون العقوبة جزاءاً يعنى العقوبة تقابل ضرراً وتكافىء خطأ .

وهذا وصف جيد للعقوبة ؛ لكونه يعطيها طابعاً أخلاقياً ودوراً تربوياً واصطلاحياً فى المجتمع .

فالعقوبة إذا جزاء الجرم الأثم الذى ارتكبه مرتكب الجريمة ، فلا عقوبة مالم يكن فى الأمر جريمة ، فكون العقوبة جزاء الجريمة ميز الجزاء إذا عما يشترك معه فى المعنى كالتعويض أو الجزاء التأديبى فكانت العقوبة جزءاً جنائياً .

---

(١) لسان العرب (٦١٩/١) .

(٢) تاج العروس (٣٩٢/١) .

(٣) شرح قانون العقوبات القسم العام (٧١٩) .

وكون العقوبة توقع من قبل القاضى **فلكون القضاء هو السلطة التى اختصت بالنظر فى الخصومات** ، حيث حدد الدستور لكل سلطة وظيفتها ، فلدينا السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية .

فلابد أن يكون الحكم بالعقوبة المناسبة من قبل القضاء وقد نصت على هذا المادة ٦٦ من الدستور فقالت ((**لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى**)) كما نصت المادة ٤٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه : ((**لا يجوز توقيع العقوبات المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة بذلك**)).

فالسلطة القضائية بوصفها الجهاز القائم على تحقيق العدل عليها أن لا توقع عقوبة إلا بالتأكد من وجود جريمة متوافرة الأركان مع وجود المسئولية التامة ، وانتفاء الأسباب المانعة من تنفيذ العقوبة .

والعقوبة فى القانون الغرض منها ايقاع الايلام بالمجرم ، لذا فهى تمس شيئاً من حقوق المجرم فقد تمس الحق فى الحياة بحرمانه من الحياة ؛ لأن العقوبة قد تكون الإعدام ، وقد تمس الحرية بالحرمان منها مؤبداً أو مؤقتا وهذا يكون بالسجن أو الحبس أو بفرض قيود على المجرم كالمراقبة ومنعه من التواجد فى بعض الأماكن ، وقد تمس المال ، وقد تمس حقوق معنوية له كمنعه من الترشيح فى المجالس النيابية ، لذا كانت العقوبة فى القانون ذات خصائص منها : أنها مؤلمة ، ومحقرة ، وهى محددة .

لذا فإن القانون قد جعل لها من الضمانات ما يجعلها تحقق الغرض منها .

فأوجب القانون : **التدخل القضائى** لتوقيع العقوبة وأخضعها لمبدا

الشرعية وهو ما بينته المادة ٦٦ من الدستور وهو أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون[١] .

كما أن القانون **جعل العقوبة شخصية** بمعنى أنه يجب أن لا تنزل العقوبة بغير المجرم فلا تنزل بأحد أقاربه وهذا مبدا أساسى يحقق العدالة ويجب أن لا ننبهر بهذا فقد نطقت به الشريعة الإسلامية منذ أكثر من ١٤٠٠ عام يوم أن كانت البشرية تتخبط فى عماية الجهل . جاء التشريع الإسلامى لينقذها من ظلمات الجهل وأتى بالنور ليبدد الظلام .

فالأصل فى هذا المبدا قوله تعالى ﴿**ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾[٢] .
وللعقوبة أهداف فى القانون أولها تحقيق العدالة ، والردع العام والردع الخاص . وهى أهداف عظيمة إذا أردنا تحقيقها تحقيقاً كاملاً فعلينا بشرع الله ، ففيه تحقيق العدل الدائم والتوازن الإجتماعى ، وإرضاء الشعور الخاص للمجنى عليه وإرضاء الشعور العام للجماعة إلى جانب ما فى العلانية فى تنفيذ العقوبة من تحقيق الردع العام والردع الخاص .

العقوبة فى الشريعة الإسلامية : العقوبة ورد فى معناها تعاريف كلها متقاربة .

فجاء فى حاشية الطحاوى على الدر المختار أن العقوبة : ((الألم الذى يلحق الإنسان مستحقاً على الجناية))[٣] .

---

(١) شرح قانون العقوبات (٧٣٣ ، ٧٣٤) .

(٢) الآية ١٥ من سورة الإسراء .

(٣) حاشية الطحاوى على الدرر المختار (٣٨٨/٢) .

فجعل هذا التعريف العقوبة جزاء يمس حقاً من حقوق الإنسان فيوقع به الألم بسبب الجناية التى ارتكبها .

وعرفها الماوردى بأنها ((**تأديب ، واستصلاح ، وزجر يختلف باختلاف الذنب**))، وعرفها بهذا أبو يعلى أيضاً[1] وهذا اصطلاح ممتاز فى تعريف العقوبة؛ حيث إنه تعريف يحدد مضمونها بأنها زجر ، ويحدد أهدافها فهى تأديب وإصلاح للفرد والمجتمع ، كما أن هذا التعريف نبه على عنصر الملائمة فى العقوبة .

وعرفها المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة بقوله : ((**العقوبة فى ذاتها[2] أذى ينزل بالجانى زجراً له**)) وهذا تعريف للعقوبة من حيث مضمونها أيضاً حيث إنها فعلاً أذى يلحق بالجانى جزاء ما اقترفه من ذنب .

وقال الشيخ المرحوم عبد القادر عودة فى معنى العقوبة عبارة عظيمة فقال: ((**هى الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع**)) حيث عقب على هذا المعنى بقوله : ((والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر وحمايتهم من المفاسد ، واستنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة ، وكفهم عن المعاصى ، وبعثهم على الطاعة ... وقال: وقد فرض الله العقاب على مخالفة أمره لحمل الناس على ما يكرهون ما دام أنه يحقق مصالحهم ، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدى لفسادهم ، فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها[3] . وقد وضح الشيخ الجليل مضمون العقوبة وأهدافها . والله أعلم

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى (٢٣٦) ، والأحكام السلطانية لأبى يعلى (٢٧٩) .

(٢) انظر العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة (٦) .

(٣) التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام (٦٠٩) .

المطلب الثانى

أغراض العقوبة

وضع الله تبارك وتعالى العقوبة بغرض حماية المجتمع من الفساد وحماية الحقوق والمصالح من التعدى عليها أو انتهاك حرمتها فالعقوبة وإن كانت بطبيعتها إيلام وإيذاء للمجرم وحرمان له من حقوق شرعية إلا أن الشارع الحكيم أراد حماية مصلحة الجماعة وتطهير المجتمع من الفساد ، فما يحل بالمجتمع من فساد بسبب الجريمة أعظم بكثير مما يقع بالمجرم من إيذاء وحرمان .

فراعى الشارع العظيم مكافحة الإجرام والحد من وقوع الجريمة بتوقيع العقاب على المجرم .

لذا كانت أهم الأغراض التى قصدها الشارع من توقيع العقوبة الآتى:

١- **الردع العام** : وهذا هدف عظيم قصد به الشارع مكافحة الجريمة وحصرها حتى لا يتفشى الشر فى المجتمع وينتشر الفساد ، فجاءت العقوبة لتغلق الباب أمام أصحاب النفوس الضعيفة ، حيث إن الدوافع الإجرامية نتيجة نوازع نفسية لدى أصحاب السوء والهوى فمن تسيطر عليهم شهواتهم ويسلمون أنفسهم للشيطان ، فإذا وقعت العقوبة أمام مرأى ومشهد من الناس ربما كان هذا فيه مراجعة للنفس وردع لها عن الشر ، وهذا الغرض يحقق تدبيراً احترازياً كذلك لما فيه من وقاية المجتمع من الخطورة الإجرامية الكافية لدى بعض أصحاب الشهوات والنوازع الشخصية ، فالردع العام علاج ووقاية؛ لذا حث الشارع العظيم على التنفيذ العلنى للعقوبة فقال تعالى فى سورة النور بعد عقوبة الزانى والزانية ﴿**وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين**﴾[1] .

---

(١) الآية ٢ من سورة النور . وانظر الأحكام السلطانية (٢٢١) الماوردى ، والحسبة فى الإسلام لابن تيمية (٨٩) وما بعدها ، والسياسة الشرعية لابن تيمية (١٠٦) .

٢- **الردع الخاص :** المفروض أن المجرم بسلوكه الإجرامي وفعله الأثم اعتدى على أمن المجتمع واستقراره ونظامه وسلوكه المستقيم فاستحق العقاب وفي تطبيق العقوبة ردع لمرتكب الجريمة عن معاودة العمل الإجرامي ، فيتجه الشخص الذي وقعت عليه العقوبة إلى محاولة التآلف والإنسجام مع المجتمع والندم على ما بدر منه قبل توقيع العقوبة ففيه وقفة للإنسان مع نفسه وربما يكون في ذلك توبة صادقة واجتهاد في إرضاء الخالق والمجتمع مما يجعل منه إنساناً سوياً متفاعلا مع مجتمعه(١) .

٣- من أهم الأهداف والأغراض التي قصد الشارع الحكيم تحقيقتها حيث إن للعدل موازيين وباعتداء المجرم بفعله الإجرامي ميل لموازيين العدل ، وفي توقيع العقوبة إقامة لتلك الموازيين ، فإقامة العدل بين الناس مقصد عظيم من مقاصد الشريعة مقاصد الشريعة فالكل أمام القانون الإلهي سواء ، والكل أمام إقامة النظام والحفاظ عليه سواء لا فرق في ذلك بين حاكم ومحكوم ، أو قوي وضعيف أو عربي وأعجمي ، أو أسود وأبيض ، أو أمير وخفير ، فلا عصبية في الإسلام ، ولا قبلية في الإسلام ، ولا عنصرية في الإسلام ، بل في الإسلام ، دين واحد ، رب واحد ، قانون واحد ، أمة واحدة ، تتحقق لها العزة بتمسكها بدينها ، وبتطبيق شرع الخالق ، وقانونه العادل قال تعالى : **﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾**(٢)، وقال تعالى : **﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾**(٣) .

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٦٣/٣) الأحكام السلطانية .

(٢) الآية (٨) من سورة المنافقين .

(٣) الآية (١١٠) من سورة آل عمران .

فالجريمة عدوان على العدالة كقيمة اجتماعية ، وعدوان على الشعور المستقر فى ضمير الأفراد ، فتأتى العقوبة لتمحو هذا العدوان ، وتعيد الإستقرار إلى الشعور العام ، مما يجعل المجتمع يتقبل المجرم مرة ثانية ليعيش بين صفوفه(١) . والله أعلم .

٤- **من أهداف العقوبة** -أيضا- إحساس الإنسان الذى ارتكب عملا إجراميا بالراحة النفسية بعد تطبيق العقوبة عليه ، حيث إنه فى تنفيذ العقوبة فيه تكفير للذنب وإعفاء له من العقاب فى الآخرة برحمة الخالق سبحانه وتعالى وهذا غرض لا يتحقق فى أى قانون من القوانين الوضعية فالشريعة الإسلامية تعاقب المجرم وفى نفس الوقت تحقق له الراحة النفسية. والله تبارك وتعالى أعلم

---

(١) الموافقات (١٠/٢) ، واعلام الموقعين (١٠٢/٢) .

المطلب الثالث

المبادىء التى تقوم عليها العقوبة

لم تشرع العقوبة للإنتقام من المجرم ، فإيلام العقوبة وان كان مقصوداً ولكنه ليس مقصودا لذاته ، وإنما قصد من أجل تحقيق أغراض اجتماعية لذا لم يترك المجرم لعواطف الجماهير أو انفعالها ولم يترك تنفيذ العقوبة للأشخاص وإنما هى محدودة من قبل الشارع وخاصة كلما كانت العقوبة شديدة حتى عقوبات التعزيز تقدر من قبل ولى الأمر ، وتنفيذ العقوبة لا يكون إلا عن طريق ولى الأمر أو من يقوم مقامه فى هذا الشأن.

فالعقوبة كما يقول ابن تيمية : ((**شرعت رحمة من الله تعالى بعباده، فهى صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، ولهذا ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم ، ولهذا ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم وكما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض**))(١) .

فلما كان أمر العقوبة خطيراً جعل الشارع لها من المبادىء ما يجعلها تكون فى الإطار الذى قصده الشارع منها .

وأهم هذه المبادىء اللآتى :

١- **شرعية العقوبة** : ومعنى كون العقوبة شرعية أن الشارع الحكيم هو الذى يقرر العقوبة ويحدد نوعها ومقدارها ، كما أن العقوبات التى توقع من قبل ولى الأمر على عقوبة تعزيرية يشترط فيها أن لا تكون منافية لما

---

(١) نقله الشيخ / عبد القادر عودة رحمه الله (١/٦١١) .

عليه الصالح العام والنظام العام وأن لا يكون فيها خروج عن النصوص الشرعية والمقاصد الشرعية لتحقق العقوبة الغرض الذى جعلت من أجله .

فإذا كانت العقوبة محددة من قبل الشارع ، مقدرة فإنه لا يجوز للقاضى أن يتجاوزها إلى غيرها ولا يجوز له أن يزيد أو ينقص منها وما عليه إلا أن يلتزم بالنص فى تطبيقها والالتزام بما قرره الشارع والحكم بغير هذا باطل .

فالعقوبات الحدية والقصاص **سلطة القاضى فيها مقيدة** ، أما العقوبات التعزيرية **فسلطة القاضى فيها وإن كانت** واسعة **إلا أنها ليست تحكمية وإنما فى حدود الصالح العام** ، وما يحقق مقصود الشارع وشرعية العقوبة مبدأ أخذ به القانون الوضعى ، حيث نصت المادة ٦٦ من الدستور على أنه : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون)) .

فالقانون ينص على الجرائم وعلى العقوبات المقررة والسلطة القضائية هى السلطة المعنية بتطبيق القانون وإدانة المجرم وتحديد نوع الجرم الذى ارتكبه وتطبق القانون المعنى فى هذا الشأن وعلى السلطة التنفيذية الإلتزام بتنفيذ الحكم المقرر من قبل المحكمة ، ويسبق السلطتين السلطة التشريعية المعنية ببحث القوانين وإقرارها(١) .

٢- **شخصية العقوبة** : من المبادىء الهامة والضمانات العظيمة التى أمر بها الشارع الحكيم وجعلها أصل من الأصول التى تقوم عليها سياسة العقاب مبدأ شخصية العقوبة قال تعالى : **﴿من اهتدى فإنما يهتدى لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾**(٢) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى (٦٢٩) وما بعدها ، شرح قانون العقوبات د/ محمد بخيت حسنى (٧٢٥) .

(٢) الآية ١٥ من سورة الإسراء .

ويعنى هذا المبدأ : أن العقوبة يجب أن تصيب الجانى ولا تتعداه إلى غيره، فلا يؤاخذ إنسان بجريمة ارتكبها غيره مهما كانت درجة القرابة بين مرتكب الجريمة وبين الغير ، فلا يؤاخذ أب عن جريمة ارتكبها الإبن ولا ابن عن جريمة ارتكبها الأب .

فمتى ارتكب الإنسان فعلا محرماً وكان بالغاً عاقلاً مدركاً لما أقدم عليه استحق المساءلة على هذا الفعل المحرم ، لذا فإن **شخصية العقوبة** فى الشريعة الإسلامية تقوم على أسس :

أولها : التحقق من ارتكاب الشخص للفعل المحظور .

ثانيها : كون الفاعل مدركا لما أقدم عليه بمعنى كونه عاقلا بالغاً حتى يكون صالحاً لتحمل المسئولية .

ثالثاً : كون الإنسان مختاراً فيجب أن لا يكون مكرهاً على ارتكاب الفعل المحرم .

ومبدأ شخصية العقوبة مبدأ أخذت به القوانين الوضعية ، فى بحثها عما يحقق التوازن القانونى فأقرته المادة ٦٦ من الدستور حيث نصت على أن ((العقوبة شخصية)) وهو مبدأ يقره العقل والمنطق السليم إذ كيف يؤاخذ إنسان على فعل ارتكبه غيره .

وإن ما كان فى الشريعة الإسلامية من تحميل العاقلة للدية لا يعد خرقاً لهذا المبدأ ولا خروجاً عليه وإنما هو استثناء خاص من أجل تحقيق العدالة فهم أهله وهم الذين عليهم التضامن معه وهم الذين يشدون على يديه فى كفه عن الظلم ومنعه من الاعتداء على غيره ، فتحقيق التضامن والمواساة من الأمور العظيمة التى كان لها اعتبار فى هذا الشأن[1] والله أعلم .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى (٣٩٢) عبد القادر عودة .

٣- **مبدأ المساواة :** من المبادىء الهامة والأسس القويمة فى نظام العقوبات فى الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة فى تطبيق القانون ، فالقانون يطبق على الجميع ، لا فرق بين عربى وأعجمى ولا بين أسود وأبيض فكل من ارتكب ذنباً يعاقب عما اقترفت يداه من جرم ، لا شفاعة فى حد من حدود الله ، مبدأ عظيم قال به الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ، ونهى عن الشفاعة فى حد من حدود الله .

فحين أراد بعض أصحابه صلى الله عليه وسلم الشفاعة عنده للعفو عن المرأة المخزومية التى سرقت ورشحوا لهذه المهمة أسامة بن زيد ، ماذا فعل ﷺ حين كلمه فى شأنها أسامة ؟ تلون وجهه ﷺ وقال : ((**أتشفع فى حد من حدود الله**)) وقام صلى الله عليه وسلم وخطب فى الناس فقال : ((**أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها**))[١] .

حقاً إنه مبدأ عظيم أرساه رسول الإنسانية ﷺ فى تطبيق العقوبة فالناس أمام القانون سواء ، والعقوبة تطبق على كل شخص خرج على قانون الله ، فمن ارتكب جرماً يوجب حداً طبق عليه الحد دون النظر لشخص مرتكب الجريمة ، فيقطع الشريف والضعيف ، ويقدم للقصاص الأمير وغيره فيتساوى أمام شرع الله الغنى والفقير والحاكم والمحكوم ومبدأ المساواة أمام القانون فى تطبيق العقوبة أخذ به القانون ، وجعله من الضمانات التى تصحب نظام العقام .

---

(١) الحديث أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه من طريق عائشة ومن طريق جابر -كتاب الحدود- باب قطع السارق الشريف وغيره . مسلم بشرح النووى (١١/١٨٦، ١٨٧) .

إلا أن المساواة التي يعنيها القانون الوضعي : **هي المساواة أمام القانون فحسب** ، أى المساواة فيالخضوع لنص القانون واستحقاق العقوبة التي يقررها ، ولكنها لا تعني التزام القاضي بأن يحكم بذات العقوبة على كل من يرتكب جريمة معينة ، لذا فإن للقاضي في القانون الوضعي سلطة تقديرية تعطيه الحق أن يحدد لكل مجرم العقوبة التي يرى أنها تناسب ظروفه .

وبناء على هذا فإن كل ما يعنيه هذا المبدأ في القانون : أن ذات النص بما يقرره من عقوبة موضوعة بين حد أدنى وحد أقصى وخاضعة في تطبيقها لقواعد قانونية معينة- يطبق على جميع من يخالفه .

أما الشريعة فالضمانات فيها أقوى حيث لا سلطة للقاضي إلا تطبيق ما نص عليه شرع الله ما دامت العقوبة غير تعزيرية فهناك جرائم لخطورتها على المجتمع حدد الشارع لها العقوبات الرادعة ، وعلى القاضي الالتزام بما حدده الشارع أما الجرائم التعزيرية -على ما سيأتي- فنظراً لكون الشارع الحيكم لم يحدد لها عقوبة جعل للقاضي فيها سلطة تقديرية حسبما يحقق مصلحة المجتمع والله أعلم .

المبحث الثالث

أقسام العقوبة فى القانون ، وجريان القياس فى العقوبات

المطلب الأول : تقسيم العقوبة فى القانون

المطلب الثانى : جريان القياس فى العقوبات فى القانون

المطلب الثالث : الشريعة الإسلامية أصل لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

المطلب الأول
تقسيم العقوبات فى القانون

يلاحظ أن العقوبة لها تقسيمات عدة حسب اعتبارات مختلفة فللعقوبة تقسيم بالنظر إلى **جسامتها** ، وتقسيم بالنظر إلى **طبيعتها** ، وآخر بالنظر إلى **مدتها** ، وتقسيم بالنظر إلى أهميتها كجزاء للجريمة ، وإليك بيان هذه التقسيمات :

أولاً : أقسام العقوبة بالنظر إلى جسامتها :

تنقسم العقوبة بالنظر إلى مقدار جسامتها إلى : **عقوبة جناية ، وعقوبة ، جنحة ، وعقوبة مخالفة .**

فأعلى العقوبات هى عقوبة الجناية ، وأوسطها عقوبة الجنحة ، وأقلها عقوبة المخالفة .

أ- عقوبة الجناية : وهى عقوبة قررها القانون جزاء فعل آثم ذات تأثير بالغ على المجتمع وقد حددها القانون فى عقوبة : الإعدام ، والأشغال الشاقة المؤبدة ، والأشغال الشاقة المؤقتة ، والسجن(١) .

---

(١) الإعدام هو : اذهاق روح المحكوم عليه بقصد استئصاله من المجتمع . أما الأشغال الشاقة المؤبدة : فهى عبارة عن سلب حرية الجانى المحكوم عليه طيلة حياتة مع إلزامه بأعمال شاقة ، وقد عرفتها المادة رقم ١٤ من العقوبات بأنها : (تشغيل المحكوم عليه فى أشق الأعمال التى تعينها الحكومة مدة حياته ، وكذلك الأشغال الشاقة المؤقتة : سلب حرية الجانى المحكوم عليه وتشغيله فى الأعمال الشاقة ولكنها مدة مؤقتة . أما السجن فقد عرفت عقوبة السجن المادة رقم ١٦ من قانون العقوبات بقولها : (عقوبة السجن هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة فى المدة المحكوم بها عليه ولا يجوز أن تنقص تلك المدة عن ثلاث سنوات ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا فى الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا) . انظر شرح قانون العقوبات للاستاذ الدكتور/ محمود نجيب حسنى القسم العام ص٧٤٥، ص٧٩٥ ، ص٧٦١ .

ب- **عقوبة الجنحة :** هى الحبس الذى يزيد أقصى مدته على أسبوع والغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على جنيه .

جـ- **عقوبة المخالفة :** هى الحبس الذى لا تزيد أقصى مدته على أسبوع والغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه[1] .

ثانياً : أقسام العقوبة بالنظر إلى طبيعتها :

تنقسم العقوبة بالنظر إلى طبيعتها إلى : **عقوبات بدنية ، وعقوبات ماسة بالحرية ، وعقوبات مالية ، وعقوبات ماسة بالاعتبار .**

أ- **العقوبات البدنية :** هى العقوبات التى تمس حياة المحكوم عليه أو سلامة جسمه ، كالإعدام ، والضرب ، والجلد ، ولكن القانون المصرى لا يأخذ فى قانون العقوبات إلا بعقوبة الإعدام .

ب - **العقوبات الماسة بالحرية :** هى العقوبات التى تمس حق المحكوم عليه فى التنقل أو تقيد حريته ، لذا فهى على نوعين : عقوبة سالبة للحرية بمعنى أنها تلزم المحكوم عليه بالإقامة فى مكان معين لا يستطيع مغادرته طيلة مدة العقوبة ، وهذا كعقوبة الأشغال الشاقة والسجن ، والحبس ، والنوع الآخر : هى العقوبة التى تقيد الحرية فقط ، إذ يقتصر فى هذه العقوبة بفرض قيود على تنقل المحكوم عليه فقط[2] .

جـ - **العقوبات المالية :** وهى العقوبات التى تمس المحكوم عليه فى ماله فتمس الحقوق المالية له ، كالغرامة أو المصادرة .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام أ.د / محمود نجيب حسنى (٧٣٧) .

(٢) المرجع السابق ص٧٣٧، ٧٣٨ .

د- العقوبات الماسة بالاعتبار : هى العقوبات التـى تنـال مـن مكانـة المحكـوم عليـه فـى المجتمـع بـأن تحقـره عـن طريـق التشـهير بجريمتـه أو إعلان عقوبته أو حرمانه من حقوق تفترض ثقة المجتمع فيمن يتمتع بها[1].

ثالثاً : أقسام العقوبة بالنظر إلى مدتها .

تنقسم العقوبة بالنظر إلـى مدتهـا إلـى : **عقوبـات مؤبـدة ، وعقوبـات مؤقتة .**

العقوبات المؤبدة كالأشغال الشاقة المؤبـدة ، وهنـاك عقوبـات مؤبـدة - أيضا - ماسة بالاعتبار مثل حالات الحرمان التى تقررها المادة رقم ٢٥ من قانون العقوبات فقرة (١، ٢ ، ٦) .

والعقوبات المؤبدة لا تقرر إلا لأخطر الجرائم .

أما العقوبات المؤقتة فهى عقوبات ذات مدة مؤقتـة ومحـددة ، سـواء كانت ماسة بالحرية أو لا[2] .

رابعاً : أقسام العقوبة بالنظر إلى أهميتها كجزاء للجريمة .

تنقسـم العقوبـة بـالنظر إلـى هـذا إلـى : **عقوبـات أصليـة ، وعقوبـات تبعية، وعقوبات تكميلية .**

أ- العقوبات الأصلية : هى الجزاء الأساسى للجريمة ، وقـد عرفتهـا محكمة النقض بأنها : ((**تستمد وصفها مـن أنهـا تكـون العقـاب الأصلـى أو الأساسى المباشر للجريمة ، والتى توقـع منفـردة بغير أن يكـون القضـاء**

---

(١) المرجع السابق ص٧٣٨ .

(٢) المرجع السابق ص٧٣٩ ، ٧٤٠ .

بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى))[1] . والعقوبة الأصلية لا توقع إلا إذا نطق بها القاضى وحدد نوعها ومقدارها ، كعقوبة الإعدام ، والأشغال الشاقة المؤبدة ، أو المؤقتة ، أوالسجن أوالحبس ، أو الغرامة[2] ، واعتبرت محكمة النقض مراقبة البوليس عقوبة أصلية فى بعض الحالات[3] .

والعقوبة الأصلية يمكن أن توقع وحدها ويمكن أن يكون بجانبها عقوبة تبعية أو تكميلية[4] .

ب- العقوبات التبعية : هى جزاء ثانوى للجريمة يستهدف تدعيم العقوبة الأصلية ، توقع بقوة القانون بمجرد الحكم بها دون حاجة لأن ينطق بها القاضى ، ولذا فهى ملحقة بالعقوبة الأصلية إذ لا يتصور توقيعها وحدها ، وهذه العقوبات مثالها : حالات الحرمان من الحقوق والمزايا التى تنص عليها المادة رقم (٢٥) من قانون العقوبات ، ومراقبة البوليس فى بعض الأحوال .

جـ - العقوبات التكميلية : هى جزاء ثانوى للجريمة يستهدف توفير الجزاء الكامل لها ، وهى مرتبطة بالجريمة دون عقوبتها الأصلية ، ولا توقع إلا إذا نطق بها القاضى ، وحدد نوعها ، ولا يتصور أن يوقعها منفردة .

ومثالها : المصادرة ، والعزل من الوظائف العامة فى بعض حالاته[5] .

---

(١) نقضى ١٧ مارس سنة ١٩٥٩م ، مجموعة أحكام محكمة النقض رقم ٧٣ ص٣٣٨ س١٠.

(٢) الغرامة عقوبة أصلية فى الجنح والمخالفات ، وتعد عقوبة أصلية فى الجنايات فى الحالة المنصوص عليها فى المادة رقم ٤٦ من قانون العقوبات .

(٣) مجموعة أحكام محكمة النقض س١٤ رقم ٣٥ ص١٦٢ .

(٤) شرح قانون العقوبات القسم العام أ.د/ محمود نجيب حسنى ص٧٤٢ .

(٥) شرح قانون العقوبات المرجع السابق ص٧٤٢ .

المطلب الثانى

جريان القياس فى العقوبات

فى القانون

لبيان ما إذا كان يمكن إثبات الجرائم والعقوبات بالقياس أم لا فى القانون الجنائى لابد من بيان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ومصادر التجريم والعقاب، وكيفية تفسير النص الجنائى ، ودخول القياس فى تفسير النص الجنائى ودخول القياس فى غير ((**نصوص التجريم**)) ، لذا فإننا نتعرض لكل نقطة منها فى فرع مستقل :

الفرع الأول

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعنى : **حصر التجريم والعقاب فى نصوص القانون .**

فالقانون هوالذى يحدد كل ما يتعلق بالجريمة والعقوبة ، فيحدد القانون الأفعال التى تعد جرائم ، ويحدد الأركان العامة للجريمة والأركان الخاصة لكل جريمة ، ويحدد العقوبات المقررة لها من حيث مقدار العقوبة ونوعها ، فالمشرع الوضعى هو المنوط به فقط تحديد كل ما يتعلق بالجريمة والعقوبة ، وليس للقاضى دخل فى هذا ، لذا فإن المبدأ يضع حداً فاصلا بين إختصاص القاضى والمشرع .

فلا يمكن للقاضى أن يرسم أو ينشىء تجريماً أو عقاباً ، وما عليه إلا أن يبحث عن النص الذى بجرم الفعل والنص الذى يحدد العقوبة .

حتى ولو اقتنع القاضى بأن الفعل يعد جريمة ، أو منافياً لمبادىء العدالة والأخلاق والدين ، أويضر بالمجتمع فإنه لا يمكنه الحكم باعتبار هذا الفعل جريمة، نظراً لما يحتمه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من خضوع كل ما يعد جريمة أو عقوبة لنص القانون وحصر رسم سياسة التجريم والعقاب فى المشرع القانونى فقط .

ويرجع تاريخ أخذ القوانين الوضعية بهذا المبدأ إلى العهد الأعظم Magna charta الذى منحه الملك جون gon فى انجلترا لرعاياه ، حيث نصت عليه المادة ٣٩ من العهد ، ثم أخذ به بعد ذلك فى الولايات الأمريكية ، وفى النمسا ، وتبناه بعد ذلك رجال الثورة الفرنسية وجعلوا له صياغة واضحة فى المادة الثانية من اعلان حقوق الإنسان الصادر فى ٢٦ أغسطس سنة ١٧٨٩ وقد أخذت مصر بهذا المبدأ فأقره دستور سنة ١٩٢٣ فى المادة ٦ منه ، ودستور ١٩٥٦م فى المادة ٣٢ ، ودستور ١٩٥٨م فى المادة ٨ ، ودستور ١٩٦٤م فى المادة ٢٥ وهذا المبدا معمول به الآن فى قانون العقوبات المصرى حيث نصت عليه المادة ٦٦ من الدستور الحالى ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون)) .

ولما كان هذا المبدأ يقيد سلطة القاضى فى تقدير الخطورة الإجرامية الكامنة فى شخص المجرم حرص القانون أو المشرع الوضعى على الإحتفاظ للقاضى بتلك السلطة التقديرية فجعل للعقوبة حداً أعلى وحداً أدنى.

وبهذا يكون للقاضى سلطة تقديرية حسب الخطورة الإجرامية فى الفعل ، وفى شخص الجانى[1] .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام ص٧٨ وما بعدها .

الفرع الثانى

مصادر التجريم والعقاب

لما كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعنى خضوع كل ما يعد جريمة وكل ما يعد عقوبة لنص القانون فإن النتيجة الحتمية لهذا المبدا هى حصر مصادر التجريم والعقاب فى النصوص التشريعية ، أى أن المشرع الوضعى هو الذى يضع جميع النصوص التى تجرم الأفعال ويحدد عقوبة كل جريمة .

فالنصوص التشريعية الجنائية إذا هى **المصدر الوحيد للتجريم والعقاب** ، وما عداها من مصادر أخرى يعد مستبعداً ، كمبادىء الشريعة الإسلامية ومبادىء القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة ، والعرف ، فهذه تعد **مصادر فى الأمور المدنية** وغيرها أما الأمور الجنائية فالمصدر الوحيد فى التجريم والعقاب **هو النص التشريعى الجنائى** .

وبناء على هذا المبدأ فإنه لا جريمة فى فعل لا يخضع لنص تجريم ولو خالف العرف أو مبادىء الشريعة الإسلامية أو قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى .

فهذه المصادر لا تنشىء جريمة أو عقوبة ولكن يمكن أن يكون لها دور فى استبعاد العقوبة أو تخفيفها ، كما فى حالة الظهور على الشواطىء العامة فى المصايف بملابس الاستحمام ،

فهذا الفعل يعد جريمة لما فيه من خدش للحياء العام ولكن لا عقوبة عليه فى هذه الحالة اعتباراً للعرف[1] .

---

(١) العرف : عند الفقهاء : هو ما استقر فى النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول ، وقال فيه السيد الجرجانى : (هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول) وقيل هو ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه .

وقال بعض الفقهاء : إن العرف والعادة بمعنى واحد ، وقيل إن العادة تقتضى تكرار الشيء وعوده تكراراً كثيراً يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق .

أما العرف عند علماء القانون : فهو مجموعة من القواعد التى تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل والتى لها جزاء قانونى كالقانون سواء بسواء .

وقيل : هو اعتياد الناس على نوع من السلوك مع الاعتقاد بأنه ملزم وأن مخالفته تستتبع جزاء مادياً جبراً .

أما العادة فى القانون فهى : القواعد التى تعارف الناس على اتباعها فى معاملاتهم والتى تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة بذاتها . أثر العرف فى التشريع أ.د/السيد صالح ص٥٠،٥١،٥٣ .

والعرف أوالعادة المعتد به شرعاً هو ماليس فيه مخالفة للشرع أما ما فيه مخالفة للشرع فيجب أن يزال من حياة الناس ولا يعتد به ، فالظهور على الشواطىء دون ملابس تستر العورة أمر لا يعاقب عليه القانون نظراً للعرف الجارى بين الناس فى هذا وهوعرف فاسد حيث إن ستر العورة سواء بالنسبة للرجل أو المرأة أمر واجب وكشف العورة أمر محرم شرعاً فى كل زمان ومكان ولا اعتداد بعرف يقرر غير هذا والله أعلم .

الفرع الثالث

كيفية تفسير النص الجنائى

تفسير النص الجنائى عبارة عن تحديد المعنى الذى يقصده المشرع من ألفاظ لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة .

فهدف التفسير : هو صلاحية النص الذى يحتاج إلى تفسير للتطبيق، ببيان العبارات التى يتكون منها النص والكشف عن مدلول الألفاظ .

وتفسير النص : إما أن يكون تفسيراً يصدر عن المشرع وهذا التفسير يتخذ صورة النصوص القانونية إذ يهدف إلى تفسير نصوص سابقة، وإما أن يكون التفسير تفسيراً قضائياً وهو التفسير الذى يقوم به القاضى أثناء تطبيق القانون على الواقعة المعروضة عليه .

وهناك التفسير الفقهى ، وهو التفسير الذى يصدر عن فقهاء القانون والمشتغلين بالعمل القانونى ، وهذا التفسير له أهميته حيث إنه يعين القاضى على فهم النص القانونى ، وبوجه المشرع إلى النقص أو ما يجب عليه أن يتداركه .

والتفسير التشريعى هو التفسير الملزم لكونه يصدر عن لسلطة المنوط بها رسم سياسة التجريم والعقاب وتفسير النص الجنائى يتخذ صورتين :

الأولى : تحليل ألفاظ النص ، والثانية : تحديد علة النص .

أولاً : تحليل ألفاظ النص :

لما كان النص القانونى يتركب من ألفاظ متعددة وقد يكون مدلول بعض الألفاظ غامضاً لذا فإنه لابد من الكشف عن مدلول تلك الألفاظ لبيان

المعنى الذى يقصده المشرع من النص القانونى ، فيجب على المفسر أن يبحث فى اللغة القانونية عن مدلولها وعليه أن يبحث عن المعنى الذى تعطيه اللغة لكل لفظ .

ويجوز للمفسر أن يستعين بكل الوسائل التى تمكنه من تحليل ألفاظ النص ، فله أن يبحث فى تاريخ النص ويحدد مصدره التاريخى ويرجع إليه، كما يمكنه الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنص القانونى سواء كانت مذكرات ايضاحية أو مناقشات برلمانية أو مناقشات عامة أو محاضر اللجان الفنية التى عهد إليها بوضع النص أو غير هذا من الوسائل التى تعين المفسر على تحليل ألفاظ النص[1] .

ثانياً : تحديد علة النص .

المقصود بتحديد علة النص فى التفسير القانونى للنص الجنائى البحث عن الغرض الذى يقصده واضع النص فالنص القانونى عندما يوضع فإنه يوضع لتنظيم موضوع معين أو حماية حق ما ، فإذا استطاع المفسر تحديد الغرض الذى يقصده المشرع وما يهدف إليه أمكنه الوقوف على العلة والوقوف على أركان الجريمة المعاقب عليها فمثلا : المواد القانونية التى تجرم الضرب ، والجرح وإعطاء المواد الضارة يستهدف المشرع منها حماية الحق فى سلامة الجسم .

فتفسير هذه النصوص يحتم الوقوف على العلة من تجريم هذه الأفعال وما يقصده المشرع من حماية ، فيقصد المشرع حماية الحق فى سلامة

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام (٩٣ ، ٩٤) أ د. محمود نجيب حسنى .

الجسم وحماية هذا الحق يستوجب ضمان السير العادى للجسم ، وعيه فإن كل فعل يمس هذا السير العادى للجسم يعد ضرباً أو جرحاً أو اعطاء لمواد ضاره ، أى يعد فعلا محرماً يجرمه القانون من هذه الناحية مثال هذا : توجيه أشعة إلى جسم المجنى عليه بقصد الإضرار به أو نقل جراثيم تضر بالمجنى عليه فإن هذا كله يعد إخلالا بالسير العادى للجسم وبناء عليه تدخل تحت التجريم لما فيه من اعتداء على الحق فى سلامة الجسم ولكن هل ينبغى أن يكون تفسير النص الجنائى ضيقا ؟

ذهب أكثر فقهاء القانون إلى القول بأنه ينبغى أن يكون تفسير النص ضيقاً تمشياً مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

وذهب آخرون إلى : أنه ينبغى أن يكون التفسير ضيقاً إذا كان ضد مصلحة المتهم وواسعاً إذا كان فى مصلحته[١] .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام أ.د / محمود نجيب حسنى (٩٥ ،٩٦، ٩٧) .

الفرع الرابع

هل يدخل القياس فى تفسير النص الجنائى ؟

إذا قلنا إن المفسر للنص الجنائى له أن يستعين بكل ما يمكنه من وسائل لتوضيح قصد المشرع وتفسير النص الجنائى فهل له أن يستعين بالقياس للوصول إلى قصد المشرع ، وبناء عليه يجوز له أن يجتهد فى تفسير النص الجنائى والوصول إلى العلة التى قصدها المشرع وعليه يمكنه أن يصل بالقياس إلى فعل لم ينص المشرع على تجريمه ؟

الواقع أن القانون الجنائى اعترف للمفسر بالحق فى الاستعانة بالسبل التى تمكنه من تفسير النص الجنائى إلا أنه حتم عليه احترام مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات وعدم الخروج عليه ، وبناء عليه فإن تفسيره للنص إذا أداه إلى القول بجرائم لم ينشئها القانون فإنه لا يجوز له هذا فليس له أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه فيقرر له العقوبة بناء على اشتراكه مع الفعل المقيس عليه فى العلة وبناءً على أن كلا منهما يحقق قصد المشرع فى التجريم .

مثال هذا : فعل الإستيلاء على المنفعة هل يمكن أن يقاس على الاختلاس بناء على أن من يستولى دون حق على منفعة شيء مملوك لغيره يعد سارقاً لهذه المنفعة .

الواقع : أن القاضى لا يمكنه الوصول بالقياس إلى عقوبة للمستولى على المنفعة قياساً على الاختلاس احتراماً لمبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات ، حيث إن القاضى لا يمكنه إنشاء عقوبة وكذلك لا يمكن للقاضى أن يعطى عقوبة النصب لمن يستولى على مال غيره بوسيلة ما لم

يرد بها نص لأن في هذا انشاء لعقوبة لم يرد بها نص مع الاشتراك فى العلة .

فاللجوء إلى القياس كوسيلة من وسائل تفسير النص ينبغى أن يكون فى أضيق الحدود فما زالت الآراء والأصوات فى القانون تقف فى وجه القياس كمصدر من مصادر إثبات العقوبة أو كوسيلة من وسائل تفسير النص الجنائى فالوصول إلى عقوبة كثمرة من ثمرات القياس فى العقوبات مرفوض ، مع أن الوصول إلى عقوبة ما نتيجة الوقوف على قصد الشارع بالقياس أو بوسيلة ما من وسائل التفسير من الأمور الصعبة إذا ما أريد التفرقة[1] .

فالقياس فى العقوبات فى القانون إذاً أمر مرفوض[2] .

---

(١) شرح قانون العقوبات أ.د / محمود نجيب حسنى (١٠٠،٩٩) .

(٢) تقول محكمة النقض : "إنه يجب التحرر فى تفسير القوانين الجزائيه والتزام جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عبارتها فوق ما تحتمل "

نقض ١٨ مايو سنة ١٩٦٥م مجموعة أحكام النقض سنة ١٦ رقم ٩٨ صـ ٤٨٢ وقد استقر القضاء فى فرنسا وفى مصر على التسليم بأن القياس فى تفسير نصوص التجريم محظور ، فقد قررت النقض الفرنسية : أنه لا يجوز للقاضى أن يسعى عن طريق القياس إلى اكمال نقض القانون وتوقيع العقاب فى غير الحالات التى نص عليها المشرع .

مجموعة القواعد القانونيه (٥ / ٤٧١)

وذكرت محكمة النقض : "أن المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له ، مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الأخذ فيه بطريق القياس . نقض ٢٠ مارس ١٩٩٦م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧ ، رقم ١٢٢ ، ص ٤٢٢ .

كما أن القانون عرض للبحث فى مؤتمر باريس الدولى للقانون الجنائى الذى انعقد فى الفتره من ٢٦ - ٣١ يوليو سنة ١٩٣٧م فقرر المؤتمر : "أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو ضمان أساس لحقوق الأفراد وينتج عنه حتما أستبعاد القياس فى تفسير النصوص الجنائية . انظر شرح قانون العقوبات القسم العام صـ ٩٩ - ١٠٠ .

وأقول : ما هو التعارض بين مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى نص عليه الدستور والأخذ بالقياس فى التجريم والعقاب ؟ أرى أنه لا تعارض .

فإذا وجد نص يجرم فعلا معيناً ويبين العقوبة المحددة له ، ووقع أو حدث فعل لم يجرمه القانون ولم يحدد عقوبة له لكن لهذا الفعل خطورته على المجتمع فما المانع من إلحاق هذا الحدث الجديد بالفعل السابق النص على تجريمه ما دام مشتركا معه فى العلة ، ومحققاً لقصد المشرع وعليه يمكن تطبيق نفس عقوبة الفعل الذى ورد النص بتجريمه على الفعل الذى لم يرد النص بتجريمه ، ويبين القاضى هذا فى حيثيات الحكم حيث يوضح ما بنى عليه حكمه من إلحاق الفعل الجديد بالفعل المنصوص على عقوبته مع بيان العلة المشتركة بينهما وبيان قصد الشارع ، فطالما أن التفسير والتحليل يطابق قصد الشارع فلا تعارض ؛ حيث إن الوقائع متجددة ، والحوادث لا تتناهى والأحداث تتغير بتغير الزمان والمكان فلابد من إدخال القياس فى التفسير القانونى للنص ، حتى لا يقف المفسر أو القاضى أمام النص عاجزاً عن الوصول للحكم مع ظهور الحق أمامه ووضوحه من خلال الاشتراك فى العلة وتحقيق مقصود المشرع والله أعلم .

الفرع الخامس

دخول القياس فى غير نصوص التحريم

إذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يستبعد دخول القياس فى التجريم والعقاب فإنه يمكن القول : بأنه اذا وجد المبدأ حظر دخول القياس، وحيث لا مجال للمبدأ فإنه لا وجه لحظر دخول القياس .

وقد قرر المشرع الوضعى : أن مجال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو نصوص التجريم والعقاب ، فإذا كان النص يقرر جريمة أو عقوبة كان للمبدأ دور فى رقابة النص وحظر الخروج عليه ، أما إذا كان النص يقرر شيئا غير التجريم والعقاب فإنه لا دور لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فيه .

وبناء على هذا فإن النصوص التى لها علاقة بالقانون الجنائى ولكنها لا تقرر جريمة أو عقوبة لا وجه لدخول المبدأ فيها ، وعليه فإنه لا مانع من جريان التفسير الواسع فيها ولا مانع من الأخذ بالقياس فيها .

فالنص الذى يقرر سبباً للإباحة ، أو امتناع المسئولية ، أو امتناع العقاب لا دخول للمبدأ فيه ويجوز اللجوء فيه إلى القياس ولا مساس فى هذا بحقوق المتهم ؛ لأن القياس فى تفسير هذه النصوص يخرجه من دائرة العقاب ، ولا إضرار كذلك بحق المجتمع لأن المشرع لايلجأ إلى القياس ويأخذ به إلا حين يقطع بأن هذا يطابق قصد المشرع .

ومن أمثلة هذا : -مسألة الدفاع الشرعى :

جعل المشرع الدفاع الشرعى سبباً لإباحة جرائم القتل والجرح

والضرب وقرر هذا فى المواد (٢٤٥-٢٥١) من قانون العقوبات ، وعملا بالقياس استطاع الفقه والقضاء جعل الدفاع الشرعى سبباً عاماً لإباحة كل الجرائم دون قصره على جرائم القتل والضرب والجرح ، وهذا هو ما أخذت به محكمة النقض فى أحكامها[1] وكان فعل الدفاع هو قتل الحيوان .

– كذلك مانع العقاب الذى كانت تقرره المادة ٣١٢ من قانون العقوبات قبل تعديلها بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧م فكانت المادة السابقة تقرر أنه إذا ثبت قيام علاقة زوجية بين الجانى والمجنى عليه أو كان أحدهما أصلاً أو فرعاً للآخر فإن هذا يكون مانعاً من العقاب حفاظاً على العلاقة الزوجية أو حفاظاً على علاقة القرابة وكان نص المادة خاصاً بجريمة السرقة ، وعملا بالقياس امتد هذا ليشمل جرائم النصب وخيانة الأمانة وقد عمل بهذا القضاء فى أحكامه[2] . والله أعلم

---

(١) حكم محكمة النقض فى أول فبراير سنة ١٩٣٧م انظر مجموعة القواعد القانونية جـ٢ رقم ٤٠ ص٣٦ .

(٢) حكم محكمة النقض فى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٢ ، ١٩ فبراير سنة ١٩٣٤ انظر مجموعة القواعد القانونية جـ٢ رقم ٣٦٢ ص٥٩٦ ، جـ٣ رقم ٢٠٩ ص٢٧٢ .

المطلب الثالث

الشريعة الإسلامية أصل لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

لقد أخذ القانون المصرى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وجعل منه قاعدة أساسية نص عليها الدستور : ((**لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانون**)) .

وقد اعتبر قانون العقوبات المصرى هذه القاعدة أساس فى رسم سياسة التجريم والعقاب ، فخوفاً من الخروج عليها منع دخول القياس فى الجرائم والعقوبات ، وحتى نقف على الصواب نتعرض لنظرة الشريعة الإسلامية لقاعدة ((**لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانون**)) ، حيث لا جور ولا تعسف .

فنبين أصل القاعدة وأثرها فى جرائم الحدود ، والقصاص والدية ، وأثرها فى جرائم التعازير .

الفرع الأول : الشريعة الاسلامية أصل لقاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانون))

يجب أن لا يقال : إن الشريعة الإسلامية أخذت بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانون وإنما يقال ، إن الشريعة الإسلامية هى التى أتت بهذه القاعدة وأخذ بها القانون الوضعى ، حيث إن هذه القاعدة لم يأخذ بها القانون إلا فى القرن الثامن عشر الميلادى بينما أتت الشريعة الإسلامية بأصول هذه القاعدة منذ ظهور الإسلام بتشريعاته القويمة المتنوعة : مدنية، وجنائية ، وعلاقات دولية ، وتجارية ، وأمور الأسرة والقضاء وغيرها .

وهذه القاعدة إنما هى نتاج لقاعدتين أساسيتين فى الشريعة الإسلامية الأولى: القاعدة الأصولية التى تقول : ((لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص)) بمعنى أنه لا يمكن وصف الفعل بالحرمة أو الكراهة أو غيرهما ما دام لم يرد نص من قبل الشارع بتحريمه فلا يمكن مؤاخذة المكلف ومسئوليته عن فعله حتى نتبين النص الذى يجرم الفعل ويحرمه شرعاً .

فالشريعة الإسلامية توجب لاعتبار الفعل جريمة وجود نص يحرم هذا الفعل ويعاقب على إتيانه ، بل إن الشريعة الإسلامية لم تجعل النص المحرم وحده سبباً كافياً للعقاب بل اتخذت من الشروط ما يعد ضماناً لسير سياسة العقاب فى مسارها الصحيح ، فاشترطت : كون النص الذى يحرم الفعل سارياً المفعول ، بمعنى أن لا يكون منسوخاً[1] ، وكون الشخص المطبق عليه النص مكلفاً ، بمعنى كون الشخص بالغاً عاقلاً ، قد بلغته الدعوة[2] ، وكون الفعل الذى يعاقب المكلف على إتيانه أو تركه داخلا فى مقدور المكلف حتى تصح المسألة عليه[3] .

القاعدة الثانية : الأصل فى الأشياء الإباحة .

---

(١) النسخ فى اللغة : يطلق على الإزالة نقول : نسخت الشمس الظل أى أزالته ويطلق ويراد به : نقل الشيء وتحويله نقول : نسخت الكتاب أى نقلته ، والنسخ : أن تحول ما فى الخلية من النحل والعسل إلى أخرى . مختار الصحاح (٦٥٦) .

والنسخ فى الاصطلاح : عرفه الباقلانى والغزالى بأنه : الخطاب الدال على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم على وجه لولاه لكان ثابتاً مع تراخيه عنه .

وعرفه الأمدى بأنه : رفع حكم شرعى بطريق شرعى متراخ عنه .

انظر الإحكام للأمدى (٢٣٨/٢) .

(٢) انظر : فواتح الرحموت (١٣٣/١) وكشف الأسرار (٢٣٧/٤) وأصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة (٣٢٧) .

(٣) نهاية السول مع شرح البدخشى (١٤٧/١) .

لقد اختلف الأصوليون فى الأشياء التى لم يرد عن الشارع فيها حكم بعد ورود الشرع ما هو الأصل فى تلك الأشياء .

فذهب قوم إلى أن الأصل فيها الإباحة مطلقاً ، وذهب آخرون إلى أن الأصل فيها الحرمة مطلقاً ، وذهب فريق ثالث إلى أن الأصل فى الأشياء النافعة الاباحة وفى الأشياء الضارة الحرمة(١) .

وخلاصة هذه القاعدة : أن كل فعل لابد من البحث عن النص الذى يأتى بحكمه فما دام لم يوجد نص يحرم الفعل فلا وجه لمسألة الفاعل ومؤدى هذه القاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص يحرم الفعل .

وقاعدة : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانون)) تستند إلى النصوص العامة فى الشريعة الإسلامية التى تأمر بالعدل والإحسان ، وعدم الظلم والجور بالإضافة إلى ما ورد فى هذا المعنى من نصوص منها قوله تعالى : ﴿**وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا**﴾(٢) وكذلك النصوص الأخرى التى تحرم كل جريمة بعينها وتنص على كل عقوبة بعينها والنصوص التى تحدد وتنظم عملية إثبات الجريمة .

إلا أن الشريعة الإسلامية حينما بينت تطبيق هذه القاعدة بينت أنه يجب أن تطبق هذه القاعدة دون حيف أو تعسف لذا فإنها لم تطبقها على غرار واحد كما فعل القانون ، فى كل الجرائم والعقوبات وإنما الأمر يختلف بحسب نوع الجريمة فجرائم الحدود والقصاص تختلف عن جرائم

---

(١) نهاية السول (١٢٩/٣) والمحصول (٢١٧/٣/٢) ، وأصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد أبو النور زهير (١٧٥/٤) .

(٢) الآية (١٥) من سورة الإسراء .

التعازير ، وكذلك بالنسبة للقياس لم تستبعده الشريعة تماماً كما فعل القانون وإنما أجازت القياس في أمور شرعية وضيقت الأخذ به فيأمور أخرى حسبما تقتضيه مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم وهو ما سيأتي مفصلا إن شاء الله عند الكلام عن القياس في جرائم الحدود والقصاص والدية وجرائم التعازير(١) .

الفرع الثاني : أثر قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون)) على جرائم الحدود والقصاص والدية .

مع أن القياس دليل من الأدلة الشرعية الهامة في الشريعة الإسلامية وهو المصدر الرابع من مصادر التشريع الأساسية إلا أن مجال القياس في الحدود ضيق جداً ، نظراً لخطورة جرائم الحدود على الأفراد والمجتمعات على السواء ونظرا لخطورة العقوبة المرتبة للحد ولقد أحاطت الشريعة الحدود بضمانات شديدة فأوجبت على القاضي الإلتزام بتطبيق العقوبة المقررة في الحد ، فليس له أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبد لها بغيرها أو يحكم بوقف تنفيذها ، حيث لم تجعل الشريعة الإسلامية أي ظرف يحيط بالجريمة مؤثرا في تنفيذها أو تطبيقها ، كما أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية حق العفو عن العقوبة المقررة في الحد ، حيث إن هذه العقوبات هي حق لله تعالى .

لذا كانت قاعدة ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانون أو بناء على نص قانون)) ذات أثر واضح في جرائم الحدود ونفس الأمر ينطبق على جرائم القصاص والدية ، والسبب في هذا يرجع إلى أن الشارع الحكيم حينما نص

---

(١) التشريع الجنائي الاسلامي (١١٥) وما بعدها .

على الحدود عين لكل جريمة نص عليها العقوبة بالشرعية المحددة لها بل ونص على مقدارها .

ففى الزنا نص الشارع الحكيم على تحريمه ، قال تعالى : ﴿**ولا تقربوا الزنا**﴾[1] كما حدد العقوبة المقررة للزانى المحصن والزانى غير المحصن ، فجعل عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد قال تعالى : ﴿**الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة**﴾[2] وسوف يأتى توضيح هذا الحد فى حينه[3] إن شاء الله .

وكذلك فى جريمة القذف قال تعالى : ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً أولئك هم الفاسقون**﴾[4] .

فجعل الشارع عقوبة القذف الجلد وحددها بثمانين جلدة بل وجعل للقاذف عقوبة تبعية وهى الحرمان من الشهادة[5] .

وكذلك فى القصاص والدية جعل الشارع الحكيم القصاص عقوبة للقتل العمد وإتلاف الأعضاء عمداً وكذلك الجرح العمد قال تعالى ﴿**ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون**﴾[6] .

---

(١) الآية ٣٢ من سورة الإسراء .

(٢) الآية رقم ٢ من سورة النور .

(٣) ص ١١٤ .

(٤) الآية ٤ من سورة النور .

(٥) التشريع الجنائى الإسلامى ١١٨ .

(٦) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

وقال تعالى : ﴿**وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به**﴾[1] .

فالعقوبات المحددة فى الشريعة والمقدرة شرعاً تظهر فيها قاعدة **لاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانون** ظهوراً واضحاً حيث يلتزم القاضى بالنص وكذلك ليس لولى الأمر الخروج عن النص الشرعى قال تعالى : ﴿**ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون**﴾[2] .

الفرع الثالث : أثر قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون على جرائم التعازير .

نظراً لتجدد الوقائع وكثرة الحوادث وتغير الأزمان جعلت الشريعة الإسلامية لولى الأمر سلطة تقديرية فيما يستجد من وقائع ، حيث حددت الشريعة من الأفعال ما يعد ماساً بكيان المجتمع وماله خطورة على الأمة وبينت العقوبات الرادعة ما يناسب كل جرم ، ثم تركت ما عدا ذلك من الأفعال لولى الأمر تقدير ما إذا كان الفعل يعد جريمة أم لا وتقدير العقوبة المناسبة له ، فالشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان كما فعلت فى جرائم الحدود والقصاص والدية ، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام كما أعطت لولى الأمر السلطة فى تقدير ما يعد جريمة وما يعد ماساً بأمن المجتمع من الأفعال وأعطت لولى الأمر سلطة تقدير العقوبة المناسبة حيث تبدأ العقوبة التعزيرية من النصح وتنتهى بالجلد والحبس ، وقد تصل إلى القتل حسب خطورة الفعل ؛ لذا فإن قاعدة ((**لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون**))

---

(١) الآية ١٢٦ من سورة النحل .

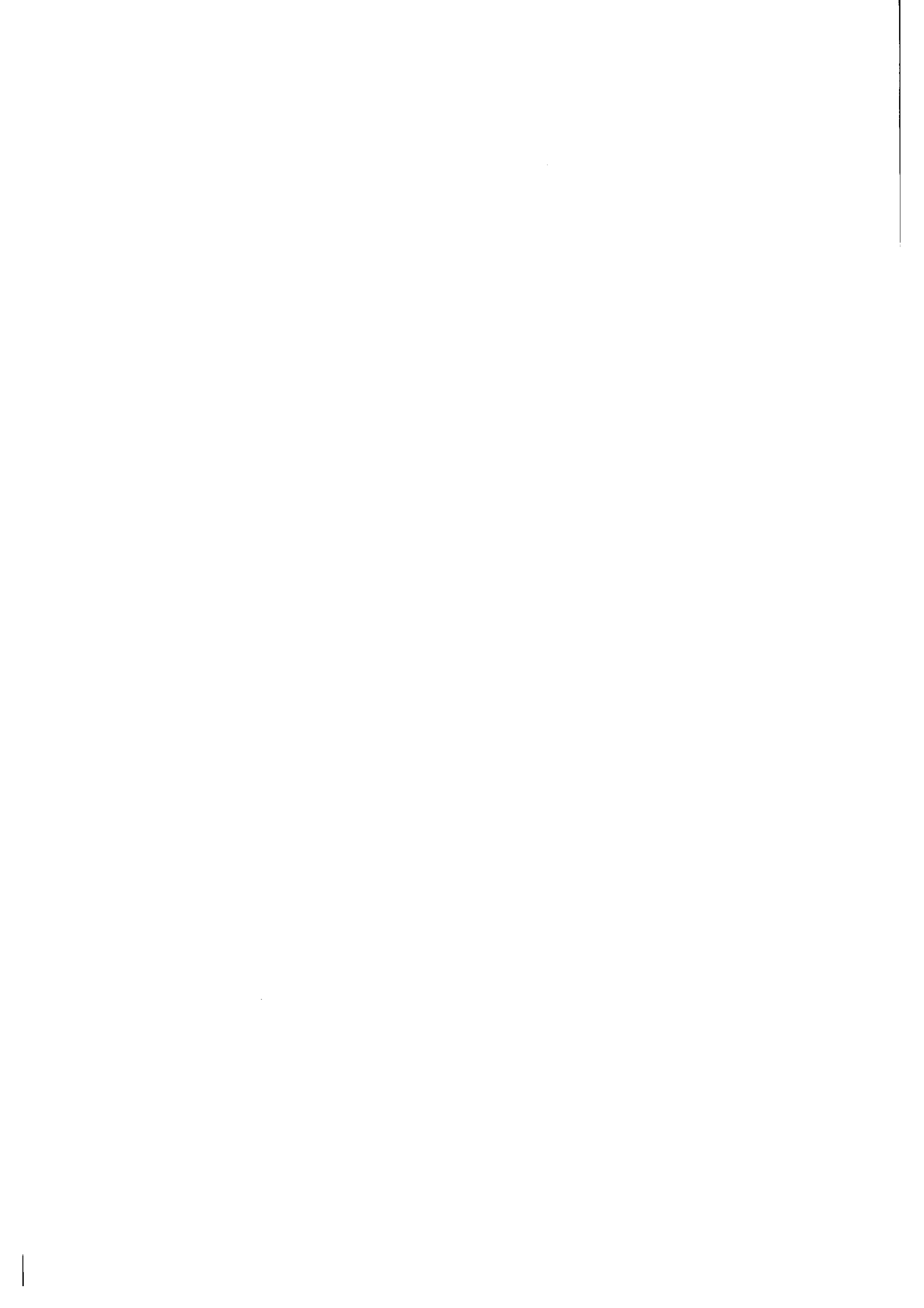
(٢) الآية ٤٥ من سورة المائدة .

فى جرائم التعـازير وعقوبتها ربمـا تكـون ضيقـة ، حيـث جعلـت الشـريعة للقاضى سلطة واسعة فى غير جرائم الحدود والقصاص والدية .

فلا يشترط فى التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة محددة كمـا هـو الحال فى الحدود ، بل يمكن للقاضى أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم مـا يتلائم مع جريمته ومع خطورتـه الإجراميـة ، كمـا أنـه يمكـن لولـى الأمـر العفو عن المجرم فى جرائم التعازير وسـوف يتـم بسـط الكـلام عـن جرائـم التعازير واثباتها بالقياس فى حينه إن شاء الله[1] .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى جـ١ ص١٢٦ وبعدها .



الفصل الثالث

العقوبات الشرعية وإثباتها بالقياس

التمهيد : تقسيم العقوبات فى الشريعة .

المبحث الأول : العقوبات الشرعية المقدرة (الحدود ، القصاص،والدية ، الكفارات) .

المبحث الثانى : أقوال الأصوليين فى إثبات العقوبات المقدرة بالقياس.

المبحث الثالث : أمثلة تطبيقية لإثبات العقوبات المقدرة بالقياس.

المبحث الرابع : العقوبات الشرعية غير المقدرة (التعزيرات) وإثباتها بالقياس .

التمهيد

تقسيم العقوبات فى الشريعة

اقتضت مشيئة الخالق عمارة الأرض فخلق سبحانه وتعالى الإنسان ليكون خليفة له فى الأرض قال تعالى : ﴿**وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمد ونقدس لك قال إنى أعلم ما لا تعلمون**﴾[1] .

وحتى لا تكون الأرض غابة وتصير الحياة عليها ميدانا للصراع والمنازعة يظفر القوى فيها بما يريد ، ويعتدى على الضعيف فتسلب حقوقه وتنتهك أعراضه، بل ويمكن أن يصل الأمر إلى حرمان الضعيف من الحياة فتسلب منه الحياة بالاعتداء عليه بالقتل فتتحول الحياة على الأرض إلى غابة حيث لا عدل ولا ضابط ، فتزرع الأحقاد ، وتنتهك الحرمات وتقطع الروابط والصلات ؛ لذا كان لابد للنفوس من رادع فكان بحق التشريع الإسلامى هوالتشريع الرادع للنفوس الجامحة والزاجر للقلوب القاسية ، وهو التشريع الذى يربى النفس البشرية على التعاون واحترام الحقوق والواجبات وتبادل الاحترام ، فينشأ فى أحضانه مجتمع الأمن والسلام .

فالتشريع الإسلامى فيه النظام الجامع الشامل لمصالح العباد المحقق لهم السعادة فى الدنيا والآخرة .

فتحقيق التوازن وإقامة العدل يكون بنظام عقوبات شامل يؤدى دائماً إلى جلب المصالح ودرىء المفاسد ، والعدل الدائم فى تطبيق شرع الله .

---

(١) الآية ٣٠ من سورة البقرة .

ففى العقوبة الشرعية إصلاح للجانى وردع للمذنب وتطهير للمجتمع من الفساد ، لذا كانت العقوبة فى الشريعة متنوعة وذات تقسيمات مختلفة .

فبالنسبة لكون العقوبة مقدرة ومحددة أولاً توجد العقوبات الحدية ، وعقوبة القصاص والدية ، والكفارات ، والعقوبات التعزيرية وبالنسبة إلى ذات العقوبات توجد **العقوبات الأصلية ، والعقوبات البديلة ، والعقوبات التبعية ، والعقوبات التكميلية أو الإضافية .**

وبالنسبة إلى المحل الذى تصيبه العقوبة تنقسم العقوبات إلى : **عقوبات بدنية ، وعقوبات نفسية ، وعقوبات مالية ، وعقوبات مقيدة للحرية**[1] .

فالعقوبات الحدية : **هى العقوبات المقررة على جرائم الحدود الشرعية .**

وعقوبة القصاص : هى العقوبة المقررة لجرائم القتل العمد والجرح العمد ، والدية هى عقوبة بديلة تحل محل القصاص عند العفو أو امتناع تنفيذ القصاص أو عقوبة مقررة للقتل دون العمد .

أما الكفارة : فهى عقوبة مقررة على المعصية للتكفير عنها ، فهى ذات طبيعة مزدوجة حيث تجمع بين العقوبة والعبادة .

وأما العقوبات التعزيرية : فهى العقوبات التى تقرر لجرائم لم تضع الشريعة لها حداً مقدراً ، فكل جريمة لم يوضع لها عقوبة خاصة يعاقب عليها بالتعزير .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام (٦٣٢) وما بعدها .

والعقوبات الأصلية : هى العقوبات التى وضعت أصلا للجريمة حيث توضع لكل جريمة بعينها عقوبة معينة كالقصاص للقتل العمد والقطع للسرقة .

والعقوبات البديلة : هى عقوبة أصلية ولكنها وضعت بدلا من عقوبة أخرى أصلية كالدية أوالتعزير عند درىء الحد .

والعقوبات التبعية : هى العقوبة التى تتبع العقوبة الأصلية ، فتصيب الجانى إذا أصابته العقوبة الأصلية كحرمان القاتل من الميراث .

والعقوبات التكميلية أو الإضافية : هى العقوبة التى تضاف على الجانى تكملة للعقوبة الأصلية أو زيادة عليها كالحكم بتعليق يد الجانى فى رقبته بعد قطعها .

وبالنسبة **للعقوبات البدنية** فهى العقوبات التى تقع على جسم الجانى كالقتل والجلد ، والعقوبات النفسية هىالعقوبات التى تقع على نفس الجانى لإحداث أثر معنوى في نفسه ، كالنصح والتوبيخ والتهديد .

والعقوبات المالية : هى العقوبات التى تصيب مال الجانى كالدية أو الغرامة.

أما العقوبات المقيدة للحرية : فهى العقوبات التى تقيد حرية الجانى كالحبس أو النفى خارج البلد مثل التغريب ويلاحظ أن العقوبات فى هذه التقسيمات متداخلة فعقوبة القصاص مثلا عقوبة أصلية والدية عقوبة أصلية وبديلة ، والنصح أو التوبيخ ربما يكون عقوبة أصلية وربما يكون عقوبة تكميلية وهكذا والله أعلم .

المبحث الأول

العقوبات الشرعية المقدرة

الحدود ، القصاص والدية ، الكفارات

المطلب الأول : فى الحدود

المطلب الثانى : القصاص والدية

المطلب الثالث : الكفارات

المطلب الأول

العقوبات الحدية

العقوبات الحدية : هى العقوبات المقدرة شرعاً ، المقررة لجرائم المحدود، كالقطع للسارق والرجم أو الجلد للزانى ، وهذا النوع من العقوبات يجب الالتزام فيه بما ورد من نصوص شرعية ، فلا يجوز استبدال العقوبة بغيرها أو نقصانها أو الزيادة عليها ، قال تعالى : ﴿**تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعصى الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين**﴾(١) .

وعقوبة الحد عقوبة تطبق على الجميع على السواء لا فرق بين قوى وضعيف أو شريف ووضيع ، وفى هذا المعنى يقول ابن تيمية ((وهذا القسم يجب اقامته على الشريف والوضيع ، ولا تحل الشفاعة فيه ، ومن عطله لذلك وهو قادر على اقامته فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين))(٢) ولبيان المراد لابد من توضيح معنى الحد وأنواع الحدود فى ابجاز غير مخل ان شاء الله.

أولاً : معنى الحد :

الحد لغة : أصل الحد : الحجز والفصل بين شيئين ، ولهذا يقال للبواب : حداد ، لمنعه الناس من الدخول ، وسميت العقوبات الشرعية حدوداً لكونها تمنع العصاة من العودة إلى المعصية مرة أخرى وتزجرهم .

---

(١) الآية ١٤،١٣ من سورة النساء .

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ٧٢ .

قال صاحب لسان العرب : الحد : الفصل بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالأخر أو يتعدى أحدهما على الاخر ، وجمعه : حدود ، وفصل ما بين كل شيئين حد بينهما ، ومنتهى كل شيء حده[1] .

وقال صاحب المصباح المنير[2] : حددت الدار حداً من باب قتل ، ميزتها عن مجاورتها بذكر نهايتها ، وحددته حداً أى جلدته ، والحد فى اللغة : الفصل والمنع .

ومنه الحدود المقدرة شرعاً ، لأنها تمنع من الاقدام ، ويسمى الحاجب حداداً لأنه يمنع من الدخول .

انتهى كلام صاحب المصباح .

معنى الحد شرعاً : من خلال ما ورد من عبارات للفقهاء يمكن تعريف الحد شرعاً : بأنه عقوبة مقدرة شرعاً لأجل حق الله ، جعلها الشارع لتكون زجراً عن معصية معينة ، ومنعاً للجانى من العودة إلى ارتكاب المعصية مرة أخرى .

فقولنا : عقوبة مقدرة شرعاً خرج به التعزير ؛ لأنه عقوبة ولكن غير مقدرة ، فهو عقوبة شرعية ولكن غير مقدرة وخرج -أيضاً- العقوبات الوضعية التى هى بقوانين من صنع البشر ، وخرج -أيضا- القصاص فى النفس أو الأطراف ، فهى عقوبة مقدرة شرعاً ولكن لحق العبد[3] ومما ورد فى معني الحد ما ورد فى منتهى الإرادات : والحدود

---

(١) لسان العرب (١٤٠/٣) مادة حدد .

(٢) المصباح المنير مادة حدد (١٢٤/١) .

(٣) انظر الروض الربع شرح زاد المستنقع (٣٠٠/٧) وحاشية ابن عابدين (٣/٤) ، ومغنى المحتاج (١٤٤/٤) ، وشرح فتح القدير (١٣٥/٤) .

جمع حد ، وهو لغة المنع ، وشرعاً ما وضع لمنع الجانى من عودة لمثل فعله ، وزجر غيره[1] .

وورد فى الاختيار لتعليل المختار : الحدود هى عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى .

وغير هذا من العبارات الكثيرة التى وردت للفقهاء[2] .

ثانياً : أنواع الحدود :

الحدود متنوعة ، وهى كالآتى :

حد الردة – حد الزندقة – حد ساب الرسول صلى الله عليه وسلم – حد الساحر – حد تارك الصلاة – حد الزنا – حد اللواط – حد القذف – حد الخمر – حد السرقة – حد المحاربة – حد البغاة .

وأخيراً هناك الجنايات وهى ما تعرف بالتعدى الذى يوجب القصاص، سواء كان هذا التعدى ، تعدياً على النفس أو تعدياً على الأطراف .

وإليك شيئاً من التوضيح حول كل نوع من هذه الأنواع .

١- **حد الردة** : المرتد هو ما يعتنق الإسلام ثم يرجع إلى الكفر مرة أخرى ، أو المسلم الذى يرتد عن دين الإسلام إلى الكفر ورجوعه هذا أو دخوله فى الكفر يعرف : إما بالتصريح بالكفر ، أو التلفظ بما يقتضى الكفر، أو بفعل يظهر منه معنى الكفر والعياذ بالله .

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٣/٣٣٦) .

(٢) الاختيار لتعليل المختار من المذهب الحنفى (٤/٧٩) .

وفى هذا المعنى يقول ابن قدامة : ((**ومن ادعى النبوة أو صدق من ادعاها فقد ارتد ، لأن مسيلمة لما ادعى النبوة فصدقه قومه فصاروا بذلك مرتدين ، وكذلك طليحة الأسدى ومصدقوه**))[1] .

وحكم المرتد : أنه يقتل كفراً وهذا ثابت بالكتاب والسنة والاجماع فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿**ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون**﴾[2] .

وأما الدليل من السنة : فقد قال ﷺ : ((**من بدل دينه فاقتلوه**))[3] والاجماع كذلك من العلماء قديماً وحديثاً على كفر المرتد وقتله ، وقد ثبت أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل المرتدين حتى رجعوا إلى الإسلام وحاربهم وهى مشهورة هذه الواقعة ولم يعترض عليها أحد ، كما أنه لم يثبت أن أحداً من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف فى هذا ولم يثبت هذا عن أحد من العلماء[4] .

وقد ذهب الجمهور إلى أن الرجل والمرأة سواء فى وجوب القتل اذا ثبت الارتداد .

ولكن الذى عليه الجمهور هو وجوب استتابة المرتد ، فإن تاب وإلا قتل[5] .

---

(١) المغنى (٨/١٥٠) .

(٢) سورة البقرة الآية ٢١٧ .

(٣) الحديث أخرجه البخارى فى كتاب استتابة المرتدين باب حكم المرتد .

(٤) انظر المغنى (٨/١٢٣) .

(٥) تلخيص الحبير (٤/٥٠) .

٢- **حد الزندقة :** الزنديق كافر ، وحده القتل .

فقد روى البخارى فى صحيحه بسنده عن عكرمة قال : أتى على رضى الله عنه بزنادقة فأحرقهم ، فبلغ ذلك ابن عباس ، فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم ، لنهى رسول الله ﷺ ((**لا تعذبوا بعذاب الله**)) ولقتلتهم لقول رسول الله ﷺ ((**من بدل دينه فاقتلوه**))[١] .

وذهب بعض أهل العلم إلى أنه يقتل الحال إلا إذا جاء تائباً .

وذهب الشافعى وأبو حنيفة إلى أنه يستتاب وإلا قتل[٢] .

٣- **حد ساب الرسول :** ينبغى على كل مسلم ومسلمة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يكون قلبه ممتلئاً بمحبة رسول الله ﷺ ، فحبه ﷺ من الإيمان ، وبغضه من الكفر والنفاق .

وقد أجمعت الأمة على قتل من بغض الرسول ﷺ ، وسبه أو انتقده.

فحده القتل سواء كان السب تصريحاً أو تلميحاً .

وعن الإمام على رضى الله عنه : قال ((**من سب نبياً فاقتلوه ، ومن سب صحابياً فاضربوه**))[٣] .

وقال تعالى : ﴿**إن الذين يؤذون الله ورسوله لعنهم الله فى الدنيا والآخرة وأعد لهم عذاباً مهيناً**﴾[٤] .

---

(١) صحيح البخارى كتاب استتابة المرتدين باب حكم المرتد رقم ٦٩٢٢ .

(٢) المغنى جـ٨ / ١٢٦-١٢٧ .

(٣) هكذا ورد فى الشفاء للقاضى عياض (٢/٢٢١) .

(٤) سورة الأحزاب الآية ٢٥ . وانظر المغنى (١٥٠/٨) .

٤- **حد الساحر** : قال الفيومى فى المصباح : ((**والسحر : قال ابن فارس : هو اخراج الباطل فى صورة الحق ، ويقال : هو الخديعة ، وسحره بكلامه : استماله برقته وحسن تركيبه**))[١] .

وقد ذهب أهل العلم إلى أن السحر له حقيقة وتأثير وتعلمه كفر إذا كان من يتعلمه مؤمناً به ، لقوله تعالى : ﴿**وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت وما يعلمان من أحد حتى يقولا إنما نحن فتنة فلا تكفر**﴾[٢] .

وقد روى البخارى بسنده عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : ((**اجتنبوا الموبقات : الشرك ، والسحر**))[٣] .

وحد الساحر القتل لما رواه الترمذى بسنده عن جندب ابن عبد الله رضى الله عنه عن النبى ﷺ : ((**حد الساحر ضربه بالسيف**))[٤] .

٥- **حد تارك الصلاة** : تارك الصلاة إما أن يكون تاركاً لها كفراً وجحوداً ، وإما أن يكون غير ذلك بأن يكون قد تركها كسلاً .

فالأول يعتبر كافراً بلا خلاف ، فيقتل إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام .

أما الثانى : ففيه خلاف :

فذهب البعض إلى أنه **يقتل كفراً** ، وذهب البعض الآخر إلى أنه **يقتل حداً** لا كفراً ، وهذا مذهب الكثير من المالكية والشافعية .

---

(١) انظر مادة سحر فى المصباح المنير (٢٦٧/١-٢٦٨) .

(٢) الآية ١٠٢ من سورة البقرة .

(٣) صحيح البخارى كتاب الطب باب الشرك والسحر من الموبقات رقم ٥٧٦٤ .

(٤) انظر فى الفتح الكبير (٢٣٦/١٠) والحديث رقم ١٤٦ فى الترمذى .

وذهب الحنفية إلى أنه يضرب ويعزر ويحبس أبداً حتى يؤدى الصلاة أو يموت .

وقد قال الإمام النووى فى شرحه لصحيح مسلم فى هذا المعنى ما نصه وأما تارك الصلاة فإن كان منكراً لوجوبها فهو كافر باجماع المسلمين، خارج عن ملة الإسلام إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام ولم يخالط المسلمين مدة يبلغه فيها وجوب الصلاة عليه ، وإن كان تركه تكاسلاً مع اعتقاده وجوبها كما هو حال كثير من الناس فقد اختلف العلماء فيه :

فذهب مالك والشافعى رحمهما الله والجماهير من السلف والخلف إلى أنه لا يكفر ، بل يفسق ويستتاب ، فإن تاب وإلا قتلناه حداً كالزانى المحصن ، ولكنه يقتل بالسيف .

وذهب جماعة من السلف إلى أنه يكفر وهو مروى عن على بن أبى طالب رضي الله عنه وهو احدى الروايتين عن أحمد بن حنبل رحمه الله وبه قال عبد الله بن المبارك واسحاق بن راهوية ، وهو وجه لبعض أصحاب الشافعى رحمه الله .

وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة إلى أنه لا يكفر ولا يقتل ، بل يعزر ويحبس حتى يصلى[1] .

٦- حد الزنا : **الزنا حرام وهو كبيرة من الكبائر ، بل هو فاحشة من أكبر الفواحش ، وقد حرز المولى تبارك وتعالى من الوقوع فى هذه الجريمة المدمرة للأنساب والمجتمع قال تعالى : ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾[2] وحد الزانى المحصن زكراً كان أو أنثى الاعدام**

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ٢ ص٦٩ .

(٢) الآية ٣٢ من سورة الإسراء .

رجماً[1] ، إذا قامت عليه البينة ، أربعة شهود عدول ، ذكور أما الزاني غير المحصن فحده الجلد مائة جلدة ، والأدلة على هذا كثيرة مبسوطة في كتب الفقه وغيرها[2] .

٧- **حد اللواط** : أى من عمل عمل قوم لوط :

من فعل هذا يقتل بإجماع أهل العلم والصحابة ، محصناً كان أو غير محصن ، وقد قيل يقتل بالسيف ، وقيل يرجم بالحجارة ، وقتل من عمل عمل قوم لوط يعتبر حداً عند الشافعية ، فقد جاء في روضة الطالبين في شأن اللواط: ((**إيلاج الفرج في الفرج يدخل فيه اللواط .... ففي عقوبة الفاعل قولان : أظهرهما : أن حده حد الزاني ، فيرجم إن كان محصناً ويجلد ويضرب إن لم يكن محصناً ، والثاني : يقتل محصناً كان أو غيره**)).

---

(١) الرجم يكون للزاني المحصن بإجماع أهل العلم .

وللإحصان شروط سبعة : أن يكون الوطء في القبل ، كونه في نكاح ، لأن النكاح يسمى إحصاناً ، كون النكاح صحيحاً على رأى أكثر أهل العلم ، الحرية وهي شروط عند أهل العلم إلا أبا ثور ، كما يشترط البلوغ والعقل ، ويشترط أيضا وجود الكمال فيهما جميعاً حال الوطء وهو شرط عند أبي حنيفة وأصحابه .

وقال مالك : إذا كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطأ الكبيرة لم يحصنها .

أما الإمام الشافعي : فله روايتان في هذا .

وأما الاسلام فلا يشترط في الاحصان ، وبهذا قال الزهري والشافعي ، وعلى هذا يكون الذميان محصنين ، فإن تزوج المسلم ذمية فوطأها صارا محصنين .

وقال عطاء ، والنخعي ، والشعبي ، ومجاهد والنووي : الاسلام شرط في الاحصان فلا يكون الكافر محصناً ، ولا تحصن الذمية مسلماً .

وقال مالك : كقولهم إلا أن الذمية تحصن المسلم بناء على أصله في أنه لا يعتبر الكمال في الزوجين .

انظر المغني (١٠/١٢٦ ، ١٢٧، ١٢٨ ، ١٢٩) ، وشرح فتح القدير (٤/١٥٤) .

(٢) مسلم بشرح النووي (١١/١٨٩) .

وجاء فى الأحكام السلطانية للماوردى : ((**اللـواط واتيـان البهـائم زنـا يوجب جلد البكر ورجم المحصن ، وقيل : بل يوجب قتل البكر والمحصن**)) أما عند الأحناف : فيعتبرون قتل اللائط عقوبة تعزيرية ويسـمونه سياسـة ، فقد جاء فى تبيين الحقائق : ((**واللواطة ليست بمثـل الزنـا لأن فـى اللواطـة قصوراً دون الزنا ... ولئن صح فهـو محمـول علـى السياسـة وهـو جـائز عنده حتى لو رأى الإمام فى قتل من اعتاده مصلحة جاز قتله**))[1] .

٨- **حد القذف** : القذف : هو الرمى ، قذف بالحجارة قذفـاً مـن بـاب ضرب رمى بها ، وقذف المحصنة قذفاً رماها بالفاحشة[2] .

والقذف فى الاصطلاح هو الرمى بوطىء حـرام فـى قبـل أو دبـر أو نفى النسب للأب .

وقيل : التعريض بهذا أيضاً يعد قذفاً[3] .

والعقوبة للقاذف لم تقررها الشريعة إلا إذا كان القذف كذباً واختلاقاً ، أما إذا لم يكن كذلك بأن كان ما رمى به المقذوف حقيقة فيه فإنه لا عقوبـة للقاذف ما دام قد أثبت أن ما رمى به المقذوف حقاً ؛ لأن ما رماه به تقرير للواقع والملاحظ أن القوانين الوضعية لم تعاقب على القذف بمـا تعـاقب بـه الشريعة الإسلامية ، إذ تعاقب القوانين على القـذف بـالحبس أو الغرامـة أو بهما معاً وهذا جزاء غير رادع ، لذا فإن جرائـم القـذف قـد ازدادت بشـكل ملحوظ حتى إن القذف والسباب أصبح يتخذ كوسيلة للتشـهير بـالخصم فـى الانتخابات حيث يريد كل طرف تشويه صورة غيره من خصومة لهدمه فى

---

(١) المغنى (٨/١٨٧) ، روضـة الطـالبين (١٠/٩٠) ، والأحكـام السلطانية للمـاوردى (٢٢٤) ، تبيين الحقائق (٣/١٨١) ، وفتح القدير (٤/١٥٠) .

(٢) المصباح المنير (٢/٤٩١) مادة قذف .

(٣) المغنى والشرح الكبير (٨/١٨٧) .

نظر الناخبين ، كما أن البواعث التى تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة ، منها الحسد ، والانتقام وغيرهما[1] لذا جاء العقاب فى الشريعة رادعاً فكان الجلد ثمانين جلدة للقاذف الحر وأربعين للعبد ، إلى جانب ما يترتب عليه من فسقه ورد شهادته قال تعالى : ﴿**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم**﴾[2] .

فقد تضمنت هذه الاية ثلاثة أحكام فى القاذف :

أ- جلده ثمانين جلدة .

ب- رد شهادته أبداً ، إلا إذا تاب وصلح حاله قبلت شهادته .

جـ- فسقه .

٩- **حد شارب الخمر** : الخمر أم الخبائث وهى من الكبائر لقوله تعالى : ﴿**إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**﴾[3] .

وذهب أهل العلم فى مقدار حد الخمر مذاهب :

١- مذهب الجمهور ثمانون جلدة .

٢- الشافعى فى رواية أربعون جلدة .

٣- ذهب البعض إلى أنه أربعون وللحاكم أن يصل به إلى ثمانين تعزيراً إن رأى ذلك .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام (٦٤٦) .

(٢) سورة النور الآية ٤،٥ .

(٣) سورة المائدة الآية ٩٠ .

قال الإمام البغوى فى شرح السنة[1] ((ذهب قوم إلى أن حد الخمر أربعون جلدة ، وبه قال الشافعي وما زاد عمر على الأربعين كان تعزيراً وللإمام أن يزيد فى العقوبة إذا رأى إليه اجتهاده .

وذهب جماعة إلى أن حد الخمر ثمانون وهو قول مالك وأصحاب الرأى .

والقول بجلد شارب الخمر أربعون وللامام أن يزيد هو الأولى بالتطبيق ، فقد جلد النبى صلى الله عليه وسلم وأبو بكر أربعين ، وجلد عمر رضي الله عنه ثمانين ، وكل سنة[2] .

١٠- **حد السرقة :** السرقة مأخوذة من الاستخفاء والتستر[3] .

وفى الاصطلاح : هى أخذ المال على وجه الاستتار[4] .

وقيل : هى أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً ، أو ما قيمة نصاباً ملكاً للغير لا شبهة له فيه على وجه الخفية[5] .

والسرقة حرام وهى من الكبائر : حيث وردت النصوص الكثيرة التى تدل على هذا منها : ما ورد عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : ((**لعن الله السارق ، يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده**))[6] .

---

(١) جـ١٠ ص٣٣٢ .

(٢) انظر مسلم فى الحدود باب حد الخمر الحديث رقم ١٧٠٧ .

(٣) انظر المعنى اللغوى للفظ فى المصباح المنير (٢٧٤/١) مادة سرق ، ولسان العرب (١٥٧/١٠) .

(٤) المغنى لابن قدامة (٢٤٠/٤) .

(٥) انظر الاختيار لتعليل المختار (١٠٢/٤) .

(٦) البخارى -كتاب الحدود- باب السارق حين يسرق الحديث رقم ٦٧٨٣ .

وقد اتفق أهل العلم على وجوب قطع يد السارق لقوله تعالى : ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله**﴾(١) ، وقد فعل الرسول ﷺ ذلك ، وفعله الخلفاء الراشدون من بعده ، وأجمعت الأمة على ذلك .

وقد اختلف العلماء فى النصاب الذى تقطع فيه اليد :

فالذى عليه الجمهور : أن أول النصاب الذى يجب أن تقطع فيه اليد هو ربع دينار فصاعداً ، أو ثلاثة دراهم ، أو ما يعادلها وذهب الإمام الثورى وأبو حنيفة إلى أن اليد لا تقطع فى أقل من عشرة دراهم ، أو ديناراً(٢) .

فشروط القطع إذاً : كون السارق مطلقاً ، كون قيمة المسروق نصاباً وهو ثلاثة دراهم أو ربع دينار فصاعداً ، كون المسروق من حرز مثله ، كون الأخذ خفية .

١١- **حد المحاربة**(٣) : حد المحاربة ثابت بقوله تعالى : ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم**﴾(٤) .

---

(١) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

(٢) الخلاف ذكره البغوى فى شرح السنة (٣١٣/٤) .

(٣) المحاربة : هى إشهار السلاح قصد السلب ، وهى مأخوذة من الحرب وهى استلاب مال المسلم باستعمال السلاح وتخويفه به .

قال ابن العربى : ((المحارب الذى يقطع السبيل وينفر الناس فى كل مكان ويظهر الفساد فى الأرض وإن لم يقتل أحدا)) أحكام القرآن لابن العربى (٥٩٦/٢) .

(٤) الآية ٣٣ سورة المائدة .

أما من السنة فقد وردت أحاديث كثيرة فى شأن هذا الحد .

منها : عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : قدم على النبى ﷺ نفر من عكل فأسلموا فاجتووا[1] المدينة ، فامرهم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها ففعلوا فصحوا فارتدوا ، فقتلوا رعائها واستاقوا الإبل، فبعث فى آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم ، وسمل[2] أعينهم ، ثم لم يحسمهم[3] حتى ماتوا[4] .

فحد المحاربة : القطع ، أو الصلب ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو النفى .

فالإمام بالخيار حسب ما يظهر له من مناسبة العقوبة للجريمة .

وقال بعض أهل العلم منهم الشافعى : ينظر فى الجناية ، فمن قتل قتل ، ومن أخذ المال قطع ، ومن لم يقتل ولم يأخذ مالاً نفى ، وقال مالك : الإمام مخير فى المحارب المسلم . بين الأمور الثلاثة[5] والله أعلم .

١٢- **حد البغاة** : البغى فى اللغة : الظلم والعدوان[6] .

والبغاة : هم الذين يقاتلون على التأويل الباطل القائم على الهوى .

وقد سموا بغاة لعدولهم عن الحق وما عليه أئمة المسلمين : والبغاة الذين لهم شوكة للإمام قتالهم حتى يرجعوا إلى الحق ، قال تعالى : ﴿وإن

---

(١) استوخموا .

(٢) كحلها بمسامير محمية .

(٣) الحسم : هو الكى بالنار ، وقيل هو أن توضع اليد بعد القطع فى زيت مغلى حار .

(٤) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه -كتاب الحدود- ٨٦ ، باب المحاربين ١٥ الحديث رقم (٦٨٠٢) .

(٥) انظر القوانين الفقهية لابن جزى (٢٣٨) .

(٦) المصباح المنير ، مادة بغى جـ١ ص٥٧ .

طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴾[1] .

قال القرطبى : **((هذه الآية دليل على قتال الفئة الباغية المعلوم بغيها على الإمام أو على أحد من المسلمين))**[2] .

هذه هى حدود الله يجب أن تطبق بكل دقة ، ولا ينبغى لحاكم أن يتهاون أو يتساهل فى تطبيقها ، فبتطبيقها تكون السعادة للحاكم فى الدنيا والآخرة ، وفى إقامتها الأمن والآمان للحاكم والرعية ، وصلاح الأحوال فى الدنيا والدين ، فالدولة الإسلامية تظل قوية مهابة فى نظر أعدائها ما دمت تحرس على إقامة حدود الله ، متمسكة بتعاليم دينها ، مستحضرة لعظمة ربها ، إذا كانت كذلك كتب الله لها النصر الدائم على أعدائها ، وخذلهم تجاهها ، وقذف فى قلوبهم الرعب كلما سولت لهم أنفسهم بسوء نحوها ، فلا تهاون ولاشفاعة فى حد من حدود الله فعن ابن عمر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: **((من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد حاد الله فى أمره))** وغير هذا من النصوص الدالة على عظم هذا الأمر[3] والله أعلم .

---

(١) الآية ٩ من سورة الحجرات .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (١٦/٣١٧) .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود ، وأحمد وصححه الحاكم أبو داود الحديث رقم (٤٣٧٦) جـ٤ ص١٣٣ ، والفتح للحافظ (١٢/٨٧) .

المطلب الثانى
القصاص والدية

فى الواقع هناك عقوبات أخرى مقررة لجرائم القتل إلى جانب القصاص والدية وهى إما عقوبات تبعية **كالحرمان من الميراث والحرمان من الوصية أو عقوبات دينية كالكفارة .**

ولكن القصاص والدية هما **العقوبتان الأصليتان المقررتان** لجرائم القتل والجرح ، فهناك القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ .

والقتل من الكبائر وحرمته مغلظة قال تعالى : **﴿ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيماً﴾**(١) .

وقال تعالى : **﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً﴾**(٢).

والقصاص أو القود عقوبة جعلت للقتل العمد ، فمتى كان القتل عمداً كانت العقوبة القصاص ما دام القصاص ممكناً ويكون القصاص ممكنا بتحقيق شروطه وهى : كون القاتل مكلفاً ، وتحقق المساواة بين القاتل والمقتول فى الحرية والاسلام ، وأن لا يكون القاتل والداً للمقتول ، وأن لا يكون المقتول مهدر الدم .

---

(١) الآية ٩٣ من سورة النساء .

(٢) الآية ٣٣ من سورة المائدة .

فحرمة النفس عظيمة ، لذا كانت العقوبة الاعتداء عليها عظيمة فالقصاص هوالعقوبة للقتل العمد ما لم يعف أولياء المقتول أو يقبلوا الدية .

ومعنى القصاص : أن يعاقب المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح[1] .

ففى القصاص حياة النفوس وصون الدماء من الإهدار وزجر الغير عن أن يسلك طريق القتل ، فحفظ النفس من أهم ما قصده الشارع الحكيم حتى إن القصاص كان فى شريعة الأمم السابقة قال تعالى فى شأن بنى إسرائيل وما هو مسطور فى التوراة : ﴿**وكتبنا عليهم فيها أن النفس**

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٢/١١١) .

القصاص لغة : قصصته قصاً من باب قتل ، والقصاص فى قتل القاتل وجرح الجارح وقطع القاطع ، وأقصى السلطان فلاناً أقصاصاً قتله قوداً وأقصه من فلان جرحه مثل جرحه . المصباح المنير (٢/٥٠٥)

والقصاص القود ويقول الراغب الأصفهانى : ((القصاص تتبع الدم بالقود ، قال تعالى : ((ولكم فى القصاص حياة)) والجروح قصاص ، ويقال : قص فلان فلاناً ، وضربه ضرباً فأقصه أى أدناه من الموت انظر المفردات للراغب الأصفهانى ٤٠٤ .

فالثأر من معانيه الدم نفسه ، أو المطالبة بالدم أما الزحل بفتح الحاء أو سكونها هوالحقد أو العداوة وطلب المكافأة على ما وقع على المجنى عليه من جناية .

انظر لسان العرب مادة ٢٧٣/١٣ ، وتاج العروس (٣/٧١) .

والفرق بين القصاص والثأر :

أن الباعث الأصلى على الثأر : التشفى وحب الانتقام ، لذا فصاحب الثأر تستبد به شهوة سفك الدماء ويكاد قلبه يتميز من الغيظ ، فيريد تحقيق مأربه بأى اسلوب وبأى طريقة .

أما القصاص فيعتمد على المساواة المطلقة والتماثل الكامل فالقصاص قتل والثأر قتل لكن القصاص شريعة الله والثأر شريعة الغاب .

فالثأر خضوع للنفس والهوى وسير أعمى وراء حب الانتقام .

بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾[1] .

والمعنى والله أعلم وكتبنا عليهم فى التوراة : النفس بالنفس أى فرضنا عليهم فيها : أن النفس مقتولة بالنفس إذا قتلتها بغير حق ، والعين مفقوأة بالعين والأنف مجدوع بالأنف ، والأذن مصلومة بالأذن ، والسن مقلوعة بالسن ، والجروح ذات قصاص : أى مقاصة ، وهذا تعميم للحكم بعد ذكر بعض التفاصيل، والمراد منه : كل ما يمكن المساواة فيه من الأطراف كالذكر والأنثيين والإليتين والقدمين واليدين ، ومن الجراحات المضبوطة كالموضحة مثلا وهى التى توضح العظم وتبدى وضحه : وهو الضوء والبياض ، وكذا منافع الأعضاء والأطراف كالسمع والبصر والبطش .

فأما الذى لا يمكن القصاص فيه كرض فى لحم أو كسر فى عظم أو خدش وإدماء فى جلد ففى ذلك أرش أو حكومة[2] وقال تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والإنثى بالأنثى﴾**[3] . وقال تعالى : **﴿ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون﴾**[4] فليس أعدل من أن يعاقب القاتل بمثل فعله وفى هذا المعنى يقول المرحوم الشيخ عبد القادر عودة : ((وليس فى العالم كله

---

(١) الآية ٤٥ من سورة المائدة .

(٢) انظر تفسير النيسابورى (غرائب القرآن ورغائب الفرقان) جـ٤ ص١٠٤ .

(٣) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

(٤) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص ، فهى أعدل العقوبات ، إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله ، وهى أفضل للأمن والنظام ، لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالباً))[1] .

وللقصاص عموماً أركان : الأول : الجناية وشرطها أن تكون عمداً عدواناً، **والثانى** : المجنى عليه وشروطه كونه معصوماً بإيمان مسلماً أو أمان بالعهد أو بالدار ، وأن يكون دمه مكافئاً لدم الجانى ، **الركن الثالث** : الجانى وشرطه أن يكون مكلفاً ، وعليه فإن شروط القصاص : كون القتل عمداً عدواناً ، كون الجانى مسئولا ، كون المجنى عليه مكافئاً للجانى .

فالقتل الموجب للقصاص : هو القتل العمد ، وهو عند أبى حنيفة ما تعمد فيه ضرب المقتول سلاح أو ما أجرى مجرى السلاح[2] .

وعند أبى يوسف : ما تعمد فيه ضرب المقتول بما لا تطيق النفس احتماله[3] .

وفى المدونة أن القتل العمد هو كل ما تعمده الانسان من ضربة بلطمة أو بلكزة أو ببندقة أو بحجر أو بقضيب أو بعصا أو بغير ذلك قتل عمد فيه القود إذا مات الجنى عليه ، سواء قصد الجانى **القتل** أو لم يقصده ما دام الفعل عمداً عدواناً لم يكن على وجه اللعب أو التأديب لمن له ذلك[4].

وعند الشافعية عرفه الجلال المحلى بأنه : قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً عدواناً[5] .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام ٦٦٤ .
(٢) الهداية (٢/٩٢) .
(٣) المبسوط (٢٦/١٢٢) .
(٤) المدونة برواية سحنون (١٦/١٠٨) .
(٥) الجلال المحلى مع حاشيتى قليوبى وعميرة (٤/٩٦) .

وعند الحنابلة هو أن يقتل قصداً بما يغلب على الظن موته به عالماً بكونه أدمياً معصوماً[1] .

فيشترط قصد القتل فى العمد العدوان عند الحنفية والشافعية والحنابلة.

أما المالكية : فلا يشترط قصد القتل ما دام الفعل عمداً عدواناً أدى إلى موت المجنى عليه .

والقوانين الوضعية تعترف بالقصاص فى النفس فتعاقب بالاعدام على القتل، ولكنها لا تعاقب بالقصاص على الجراح .

بل يكتفى بتطبيق عقوبة الغرامة والحبس أوالغرامة فقط أوالحبس فقط على جرائم الجراح .

والواقع أن نظرة الشريعة كانت أكثر واقعية حينما طبقت القصاص على هلاك النفس أو الأعضاء ؛ حيث إن الباعث واحد وهو الانتقام من المجنى عليه ، بل إن معظم جرائم القتل يسبقها الضرب أو الجرح[2] .

أما الدية : فهى عقوبة بدلية تحل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو ، وهى مقدار معين من المال ، ولا يجوز وصف الدية بأنها تعويض لأنها عقوبة جنائية .

وعقوبة الدية ذات حد واحد فليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد شيئاً فى مقدارها ، وهى وإن اختلفت فى الخطأ وشبه العمد واختلفت أيضاً فى الجراح حسب نوع الجرح وجسامته إلا أن مقدارها ثابت لكل جريمة

---

(١) كشاف القناع (٣/٣٣٣) .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام ص٦٦٤ .

ولكل حالة ، فدية الضعيف كدية القوى ، والصغير كالكبير والشريف كغيره فالناس أمام شرع الله سواء .

والدية عقوبة مشتركة بين العمد الذى لا قصاص فيه وبين شبه العمد وبين الخطأ إلا أنها مغلظة فى العمد وشبه العمد ومخففة فى الخطأ .

ولفظ الدية إذا اطلق فإنه يراد فيه الدية الكاملة(١) ؛ لأن ما هو أقل يقال له أرش(٢) .

---

(١) الدية بصفة عامة مائة من الإبل سواء كانت مغلظة أم مخففة ، فهى مغلظة فى العمد وشبه العمد ، ومخففة فى الخطأ ويتحمل الجانى الدية فى ماله إذا كان القتل عمداً ، أما فى شبه العمد والخطأ فيرى مالك أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية المجنى عليه ، وما كان دون الثلث فهو على الجانى ويرى أحمد أن الجانى يحمل ما دون الثلث (ما دون ثلث الدية الكاملة) فإن بلغ الثلث أو زاد حملته العاقلة ، ويرى أبو حنيفة أن الجانى يحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة وما زاد على العاقلة ، ويرى الشافعى أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو كثر ؛ لأن من يحمل الكثير يحمل القليل (الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ٥ ص٣١٩) وتحمل العاقلة لمقدار من الدية أو تحملها للدية إنما هو تطبيق لمبدأ التكافل الإجتماعى الذى حث عليه الإسلام ، وكذلك لما كانت العاقلة أولى الناس بنصرة الشخص فهم أولى الناس بزجره .

- ودية المرأة على ما أجمع عليه أهل العلم على النصف من دية الرجل فى الخطأ أما فى العمد فالعقوبة القصاص .

- أما دية الكتابى فذهب مالك إلى أنها نصف دية المسلم ، وذهب الشافعى إلى أنها ثلث دية المسلم، وذهب أبو حنيفة إلى أنها تساوى دية المسلم .

- **أما دية الجنين** : فإن الجنين إذا انفصل عن أمه حياً ثم مات ففيه الدية كاملة ، وإذا ألقته أمه ميتاً ففيه غرة (والغرة : عبد أو أمة أو ثمنهما) .

انظر الجامع لأحكام القرآن (٥/٣٢٦،٣٢٧) .

(٢) الأرش هو الدية غير الكاملة وهو إما مقدر كأرش الأصبع واليد وإما غير مقدر وهو ما يترك تقديره للقاضى ويسمى حكومة .

الجامع لأحكام القرآن المرجع السابق .

ودية الخطأ : عشرون حقة وهى من الإبل ما طعن فى السنة الرابعة، وعشرون جذعة وهى ما بلغ الخامسة ، وعشرون بنات مخاض وهى ولد الناقة الذى يدخل فى السنة الثانية ، وعشرون بنات لبون وهو ولد الناقة الذى يدخل فى السنة الثالثة ، وعشرون بنى لبون ، وهى ذكور الجمال التى تدخل فى السنة الثالثة .

أما الدية المغلظة فخمس وعشرون لكل نوع من الجمال السابقة : حقه ، وجذعه ، وبنت لبون ، وبنت المخاض .

ولأهل العلم تفصيل فى ديات الأطراف والأعضاء[1] .

وهناك جراحات ان كانت عمداً ففيها القصاص وان كانت خطأ ففيها أرش أو حكومة .

فالدامية **(وهى التى تدمى الجلد)** فيها حكومة ، والحارصة **(وهى التى تشق الجلد)** فيها حكومة ، والسمحاق **(وهى التى تكشط الجلد)** فيها حكومة ، والباضعة **(وهى التى تشق اللحم)** فيها حكومة ، والمتلاحقة **(وهى التى تقطع اللحم فى عدة مواضع)** فيها حكومة ، والملطأة **(وهى التى يبقى وبين انكشاف العظم قدر يسير)** فيها حكومة ، والموضحة **(وهى التى توضح العظم أى تظهره)** فيها نصف عشر الدية ، والهاشمة **(وهى التى تهشم العظم)** فيها عشر الدية ، والمنقلة **(وهى التى تكسر العظم وتنقله)** فيها عشر الدية ، والمأدومة **(وهى التى تصل إلى أم الدماغ)** فيها ثلث الدية ، والجائفة (وهى التى تصل إلى الجوف فى جسم **الإنسان)** فيها ثلث الدية[2] .

---

(١) يراجع فى المرجع السابق .

(٢) انظر القوانين الفقهية لابن خزى (٢٢٩- ٢٣٠) .

المطلب الثالث

فى الكفارة وأنواعها

أولاً : معنى الكفارة :

لقد سبق الكلام عن الحدود ، وبينا أنها عقوبة ، وهى مقدرة شرعاً ، وجزاء مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة ، فإذا فعل جريمة كانت العقوبة جزاء رادعاً له حتى لا يعود لمثل هذا الفعل أو غيره من الأمور المنهى عنها شرعاً ويكون بمثابة العبرة لغيره .

هذا هو الهدف من العقوبة ، فالعقوبة لا تخرج عن كونها جزاءاً لما يرتكب من الذنوب .

والعقوبة إما مقدرة شرعاً كالحدود ، والقصاص[1] أو الدية ، والكفارات ، واما غير مقدرة كالتعازير .

والكفارة : صيغة مبالغة ، كقتالة وضرابة ، وهى الفعلة أو الخصلة التى من شأنها تكفير الخطيئة وسميت الكفارة بهذا لكونها تكفر الذنوب ، أى تمحوها وتزيلها وتسترها[2] .

---

(١) الحد : عقوبة مقدرة شرعاً لأجل حق الله تعالى .

والقصاص : عقوبة مقدرة شرعاً لأجل حق العبد .

انظر مغنى المحتاج (١٤٤/٤) ، شرح فتح القدير (١٣٥/٤) نيل الأوطار (٩٣/٧) ، الروض المربع (٣٠٠/٢) .

(٢) انظر المصباح المنير (٥٣٥/٢) .

ثانياً : أنواع الكفارات :

١- كفارة الجماع فى نهار رمضان .

٢- كفارة إفساد الإحرام .

٣- كفارة الظهار .

٤- كفارة القتل الخطأ .

٥- كفارة الحنث فى اليمين .

أولاً : كفارة الجماع فى نهار رمضان :

الصيام فرض عين على كل مكلف ، فيجب على كل مسلم يؤمن بالله واليوم الآخر الامساك فى نهار رمضان عن المفطرات منذ دخول الفجر حتى غروب الشمس ، بنية الصوم .

فمن فعل شيئاً من المفطرات فسد صومه ووجب عليه القضاء[١] أما من جامع فى نهار رمضان فقد أفسد صومه ووجب عليه القضاء والكفارة، وهذا بإجماع أهل العلم . وخاصة إذا كان عامداً غير مكره .

وأما إذا كان ناسياً أو مكرهاً فالصحيح من مذهب الحنابلة هو وجوب القضاء والكفارة -أيضاً- حتى ولو كان جاهلاً[٢] .

---

(١) مبطلات الصوم كثيرة منها : وصول شيء إلى الجوف عمداً ، والقيء عمداً والإنزال بسبب المباشرة فيما دون الفرج ، بأن قبل أو لمس ، أو ضاجع من غير جماع ، خلافاً لمالك الذى أوجب القضاء والكفارة فى هذا . انظر الروض المربع جـ٢ ص٣٠٨ .

(٢) انظر الورض المربع جـ٢ ص٣١٥ .

وكفارة المجامع فى نهار رمضان هى : عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب الضارة بالعمل ، فإن لم يجد رقبة[1] فصيام شهرين متتابعين .

والتتابع مشروط فى الصوم ، فلو أفسد صيام يوم فى أثناء الشهرين وجب عليه استئنافها لانقطاع التتابع الواجب ، ولكن اذا لم يستطع لوجود مشقة شديدة تلحقه فعليه اطعام ستين مسكيناً[2] .

فإن لم يجد شيئاً يطعمه سقطت الكفاره ، لما ورد عن أبى هريرة رضي الله عنه قال : **((جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : هلكت ، قال : وما هلكك؟ قال : واقعت امرأتى فى رمضان قال : هل تجد ما تعتق رقبة ؟ قال لا ، قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال لا قال : فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً ؟ قال لا ، ثم جلس السائل فأتى النبى ﷺ بعرق[3] فيه تمر قال : تصدق بهذا ، فقال : على أفقر منا يارسول الله ، فوالله ما بين لا بتيها أهل بيت أحوج إليه منا ، فضحك ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك))**[4] .

هذا وإذا كفر عنه غيره بإذنه أجزأه ، وتسقط عنه الكفارة .

---

(١) المقصود من عدم إيجاد الرقبة : انعدام وجودها ، أو عدم القدرة على شرائها .

(٢) ذهب الحنفية إلى أنه يكفى أن يشبعهم فى غذائين أو عشائين ، وقال الشافعية والحنابلة يعطى لكل مسكين نصف صاع من تمر أو زبيب أو شعير ، وقال المالكية لكل واحد ثلث قدح مصرى . انظر

(٣) العرق : مكتل من خوص النخل . انظر الروض المربع شرح زاد المستقنع جـ٣ ص٥١٦.

(٤) الحديث أخرجه البخارى ، باب المجامع فى رمضان هل يطعم أهله من الكفارة إذا كانوا محاويج ، والحديث أخرجه عن أبى هريرة انظره فى فتح البارى جـ٤ ص٢٠٤ حديث رقم١٩٣٧ .

ثانياً : كفارة افساد الاحرام :

الإحرام : هو نية الدخول فى النسك ، وليس نية أن يحج أو يعتمر ، فلا يكون الرجل محرماً بمجرد ما فى قلبه من قصد الحج أو العمرة ، فالقصد ما زال فى قلبه منذ خروجه من بلده ، بل لابد من القول والفعل الذى يصير بهما الشخص محرماً مع النية .

ومن محظورات الاحرام : عقد النكاح ، فيحرم على المحرم عقد النكاح له ولغيره ، ولكن أن فعل لا فدية عليه ، ويكره للمحرم الخطبة .

ويحرم على المحرم كذلك المباشرة فيما دون الفرج ولكن من المحظورات التى تفسد الحج والعمرة وتوجب الفدية هى **الوطىء** ، لقوله تعالى: ﴿**فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج**﴾[1] .

فالوطء يفسد الحج والعمرة ، ولا فرق فى هذا بين الساهى والعامد ، ومن أفسد حجه أو عمرته لزمه المضى فيهما ، لقوله تعالى : ﴿**وأتموا الحج والعمرة لله**﴾[2] ثم يقضى وجوباً فى العام الثانى ، والسنة أن يفرق فى القضاء بين الرجل وزوجته إلى أن يحلا ، فيفرق فى الاحرام بين الواطىء والموطؤة فى القضاء حتى يحلا من الاحرام .

والوطء المفسد للحج **هوالوطء قبل التحلل الأول** ، أما الوطء بعد **التحلل الأول** فإنه لا يفسد ولكن تجب على المحرم شاة . ومن جامع قبل **التحلل الأول** فسد حجه ولزمه فدية مرتبة ، فيذبح بدنة[3] من الابل سنها

---

(١) الآية ١٩٧ من سورة البقرة .

(٢) الآية ١٩٦ من سورة البقرة .

(٣) البدنة والبدن : يختص بالإبل ، وسميت بدنة لعظم بدنها وضخامتها ، وقد تطلق أيضاً على البقرة . انظر حاشية الروض المربع (٥١٥/٣) .

خمس سنين ، فإن لم يجد فبقرة ، فإن لم يجد فسبع شياة ، فإن لم يستطع بأن عجز عن كل ما تقدم لزمه صوم عشرة أيام ثلاثة فى الحج وسبعة بعده.

والتحلل الأول من الحج يحصل بفعل اثنين من ثلاثة وهى : رمى جمرة العقبة ، والحلق أو التقصير ، وطواف الإفاضة ، وهذا ما قاله المالكية ، والشافعية والحنابلة ، أما الحنفية فقالوا : لا يفسد الحج إلا بالجماع قبل الوقوف بعرفة ويوجب شاة ، فإن وقع بعده وقبل الحلق لا يفسده بل يوجب بدنة(١)

والجدير بالذكر : أن الفدية التى وردت على الترتيب فى الحج كالآتى:

أ- بالنسبة للمتمتع أوالقارن ، فعليه الهدى أو الصوم .

ب- بالنسبة للمحصر عليه الهدى أو الصوم .

جـ- بالنسبة للمجامع ، فعليه بدنة أو ما يقوم مقامها ، أو الصوم .

ثالثاً : كفارة الظهار : الظهار مشتق من الظهر ، لأنه موضع الركوب .

وقيل مأخوذ من العلو ، لقوله تعالى : ﴿**فما اسطاعوا أن يظهروه**﴾(٢) أى يعلوه ، فيكون قول الرجل لزوجته أنت على كظهر أمى بمعنى : علوى عليك كعلوى على أمى .

وهو فى الشرع : تشبيه الرجل زوجته فىالحرمة بمحرمة .

---

(١) انظر حاشية الروض المربع (٥١٨/٣) ، والمغنى (٥٧/٣) وما بعدها .

(٢) سورة الكهف الآية ٩٧ .

وصورته : أن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمى[1] ، فإذا قال لها : أنت على مثل أمى ، أو كأمى ، أو كبطن أمى ، أو فرجك ونحوه فإنه يكون كناية فى الظهار إن أراد الظهاراً كان ظهاراً وإن لم يرد الظهار لم يكن مظاهراً عند الشافعى وأبو حنيفة .

وإذا ظاهر الرجل من زوجته فإنه يحرم عليه وطؤها حتى يكفر كفارة الظهار ، وهى على الترتيب : **تحرير رقبة مؤمنة** ، **فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين** فإن لم يستطع **فإطعام ستين مسكيناً لكل مسكين مد** ، فهى مرتبة بنص القرآن الكريم[2] .

رابعاً : كفارة القتل الخطأ : اتفق أهل العلم على وجوب الكفارة فى القتل الخطأ قال الإمام القرطبى رحمه الله : ((وقد أجمعوا على أن على القاتل خطأ الكفارة ، واختلفوا فى قتل العمد))[3] .

وكفارة القتل هى : عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فلو أفطر يوماً بدون عذر استأنف الصوم وهذا هو مذهب الجمهور .

---

(١) إن أول ظهار حدث فى الاسلام هو قصة خوله وقول زوجها لها : أنت على كظهر أمى وذهبت خولة الأنصارية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما لم يجد لها حلاً أخذت تشتكى إلى الله ببيان حالها وحال زوجها وأطفالها فأنزل الله تعالى الحل فى سورة المجادلة : ((قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير)) إلى آخر الآيات . انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ١٧ ص٢٧٣ ، وفتح القدير جـ٥ ص١٨٢ .

(٢) الأيتان ٣،٤ من سورة المجادلة .

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٥/٣٣١) .

وليس فى هذه الكفارة اطعام كما هو الحال فى كفارة الظهار والجماع فى نهار رمضان .

ولكن اذا عجز عن العتق والصيام فيمكنه الاطعام ولو من باب التطوع ، ولكن من عجز عن الكفارة بقيت فى ذمته ، فلا تسقط بالعجز[1]، قال تعالى : ﴿**وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا ان يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً**﴾[2] .

والجدير بالذكر : أن التتابع فى الصوم واجب إلا لعذر كالحيض والمرض، فالحائض إذا طهرت تبنى على ما مضى وهذا باتفاق أهل العلم، حيث إن الحيض لا يمنع التتابع .

أما المريض فذهب مالك : إلى أنه يبنى على ما مضى وهو أحد قولى الشافعى ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يستأنف من جديد .

قال الإمام القرطبى : والحيض لا يمنع التتابع من غير خلاف ، وأنها إذا طهرت ولم تؤخر وصلت باقى صيامها بما سلف منه ، لا شىء عليها غير ذلك إلا أن تكون طاهراً قبل الفجر فتترك صيام ذلك اليوم ، عالمة بطهرها فإن فعلت استأنفت عند جماعة من العلماء .

---

(١) منار السبيل فى شرح الدليل للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم جـ٢ ص٣٥٩ ط٥ .

(٢) الآية ٩٢ من سورة النساء .

واختلف فى المريض الذى قد صام من شهرى التتابع بعضها على قولين : فقال مالك : وليس لأحد وجب عليه صيام شهرين متتابعين فى كتاب الله تعالى أن يفطر إلا من عذر نحو مرض أو حيض وليس له أن يسافر فيفطر ، وممن قال يبنى فى المرض : سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن والشعبى وعطاء ومجاهد وقتاده وطاوس .

وقال سعيد بن جبير والنخعى والحكم بن عيينة وعطاء الخرسانى يستأنف فى المرض ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه والحسن بن حيى وأحد قولى الشافعى ، وله قول آخر : أنه يبنى كما قال مالك .

وقال ابن شبرمة : يقضى ذلك اليوم وحده ان كان عذراً غالباً ، كصوم رمضان))[1] انتهى كلام القرطبى .

خامساً : كفارة الحنث فى اليمين :

قال تعالى : ﴿**لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان**﴾[2] .

فالأيمان لا تنعقد إلا إذا كان الحلف بالله أو باسم من أسمائه أو بصفة من صفاته ، ولغو اليمين لا يترتب عليه شىء ولا يؤاخذ الله تعالى به ، وصورته : فيمن سبق لسانه إلى لفظ اليمين من غير قصد ، كقول الانسان فى حالة غضبه : لا والله ، أو بلى والله أو فى صلة كلامه ، أو فى حالة استعجال ، فهذا لا ينعقد به اليمين ولا تتعلق به كفارة ، للآية السابقة .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٥/٣٢٧-٣٢٨) .

(٢) الآية ٨٩ من سورة المائدة .

فمن حلف وحنث وجبت عليه الكفارة المنصوص عليها في قوله تعالى : ﴿**لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون**﴾[1] .

فمن حنث في يمينه يكون عليه كفارة الحنث في اليمين ، فيكفر بواحدة من هذه الخصال الثلاث ، العتق أو الاطعام ويمكن الكسوة بدلاً من الاطعام ، أو صوم ثلاثة أيام فالوجوب قد تعلق بواحد منها ، وان أتى بها جميعاً أجزأه فهو واجب مخير يجوز الجمع بين أفراده .

المهم : أنه اذا اقتصر على خصلة فعلها كاملة ، فلا يجوز له أن يعتق نصف رقبة -مثلا- ويطعم خمسة مساكين أو يكسوهم ، كما لا يجوز اطعام خمسة وكسوة خمسة ، لأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ، ولو جوزنا اخراج جنسين لجعلناه مخيراً بين أربعة أشياء وهو ما لا يجوز . والله أعلم .

---

(١) الآية ٨٩ من سورة المائدة .

المبحث الثانى

أقوال الأصوليين فى اثبات العقوبات المقدرة بالقياس

لقد اختلف الجمهور والأحناف فى جواز جريان القياس فى الحدود والكفارات .

فذهب الجمهور إلى أن جريان القياس فى الحدود والكفارات جائز ، ولا مانع من هذا ما دامت العلة موجودة[1] .

أما الأحناف فذهبوا إلى : عدم جواز جريان القياس فى الحدود والكفارات[2] .

الأدلة ومناقشتها

أولاً : أدلة الجمهور

١- استدل الجمهور بالأدلة العامة التى تدل على حجية القياس فذهبوا إلى أن الأدلة المثبتة لحجية القياس وردت عامة فى اثبات القياس وجريانه فى جميع الأحكام ، ولم يرد كونها ثابتة للحجية فى البعض دون البعض ، وحيث لا دليل يدل على التخصيص فإن هذه الأدلة تبقى عامة فى اثبات القياس وجريانه فى جميع الأحكام ، ما دامت جميع أركان القياس وشروطه متحققة[3] .

---

(١) شرح اللمع (٧٩٣/٢) ، المنخول (٣٨٥) ، البرهان (٨٩٥/٢) الإحكام للآمدى (٥٤/٣) .

(٢) تيسير التحرير (١٠٣/٤) ، فواتح الرحموت (٣٥٧/٢) المحصول (٤٧١/٢/٢) المسودة (٣٩٨) .

(٣) انظر شرح اللمع (٧٩٣/٢) ، نهاية الوصول (١٥٩/٢) .

مناقشة هذا الاستدلال :

اعترض على هذا الاستدلال للجمهور : بأننا لا نسلم جريان القياس فى الحدود والكفارات ، حيث إن العقل لا يدرك المعنى فيها[1] .

وأجيب عن هذا : بأنه لا مانع عقلاً من شرع الحد أو الكفارة لمعنى مناسب للحكم ثم يوجد ذلك المعنى فى صورة أخرى ، فإذا أستكمل القياس شروطه وعلمت العلة وكانت متحققة فى الصورة الأخرى وتعقلنا المعنى فإنه لا مانع من حصول القياس سواء فى الحدود والكفارات أو فى غيرهما[2] .

٢- الدليل الثانى للجمهور : استدل الجمهور على إثبات الحدود بالقياس بما ورد من وقائع عن الصحابة تدل على اجماعهم على هذا منها :

ما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه **((استشار فى الخمر يشربها الرجل ، فقال له على بن أبى طالب** رضي الله عنه **نرى أن نجلده ثمانين ؛ فإنه اذا شرب سكر وإذا سكر هذى واذا هذا افترى))** فجلد عمر فى الخمر ثمانين[3] .

فقد الحق شارب الخمر فى هذا الحد بالقاذف وكان هذا القياس بوجود الصحابة ولم ينكره أحد .

---

(١) انظر مختصر ابن الحاجب مع بيان المختصر (٣/١٧١) ، تيسير التحرير (٤/١٠٣) .

(٢) انظر نهاية الوصول (٢/١٥٩) ، تيسير التحرير (٤/١٠٣) .

(٣) هذا الأثر رواه مالك عن نور بن زيد الديلى وقد ورد فىالموطأ بشرح الزرقانى (٤/١٦٧).

وقد ورد فى تيسير التحرير نقل عن أبى بكر الرازى يدل على هذا ، فقال: ((**وفى أصول الفقه للإمام أبى بكر الرازى : أن اتفاق الصحابة على اثبات حد الخمر قياساً ابطال لأصلكم فى عدم اثبات الحدود قياساً**))[1] .

وقد نقل ابن القيم [2] هذا الأثر وقال : ((**وهذه مراسيل ومسندات من وجوه متعددة ، يقوى بعضها بعضاً ، وشهرتها تغنى اسنادها**)) .

فهذا وغيره مما ورد عن الصحابة رضوان الله عليهم وقياسهم شارب الخمر على القاذف فى وجوب الثمانين جلدة يدل على اثباتهم الحدود بالقياس ، فكان دليلا لنا على جريان القياس فى الحدود ، وجريانه فى الحدود يدل على جريانه فى الكفارات ، حيث إن كلا منهما أحكام مقدرة .

مناقشة هذا الدليل :

ذكر صاحب "تيسير التحرير" اعتراضاً على هذا فقال : ((**والجواب : بأنه ﷺ ضرب فى حد الخمر بالجريد والنعال ، وروى أنه ضرب أربعين رجلاً كل رجل بنعليه ضربتين**[3] ، **فتحروا فى اجتهادهم موافقته**

---

(١) تيسير التحرير (١٠٤/٤) وأبو بكر الرازى هو : أحمد بن على تفقه على أبى الحسن الكرخى ، عرف بالزهد والورع ، له جملة من الكتب فى أحكام القرآن والفقه والأصول ، توفى سنة ٣٧٠ انظر الفوائد البهية (٢٧-٢٨) .

(٢) هو محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزرعى الدمشقى ، ولد عام ٦٩١هـ وتوفى عام ٧٥١هـ من أهم مصنفاته اعلام الموقعين ، والتبيان فى أقسام القرآن انظر ترجمته فى شذرات الذهب (١٦٨/٦) ، والنجوم الزاهرة (١٠/ ٢٤٩) . انظر اعلام الموقعين (٢٣٢/١).

(٣) انظر هذا فى نيل الأوطار للشوكانى (٣١٤/٧) .

ﷺ **فجعلوه ثمانين ، ونقلوا الضرب عن الجريد والنعال إلى السوط ولم يبتدئوا ايجاب الحد بالقياس))**[1] .

وقد أجيب عن هذا : إن ما ورد من اجماع الصحابة السابق واثباتهم للحد بالقياس ليس عن اجتهاد من الصحابة وإنما هم اثبتوا الحد بالقياس ، فابتدأوا القياس فى هذا الحد ، ومنه ثبت لنا المطلوب وهو اثبات الحدود بالقياس .

٣- الدليل الثالث : استدل الجمهور بأن القياس يفيد الظن والعمل بالظن واجب فى الأحكام الفقهية ، فالواجب علينا العمل بما ظهر لنا من الدليل وما توصلنا إليه بالظن ، واثبات الحدود والكفارات بالقياس من هذا القبيل ، فهما كغيرهما من الأحكام التى تثبت بالقياس عملاً بالظن[2] .

مناقشة هذا الدليل : ذهب الأحناف إلى أن هذه المسألة لا يجوز الأخذ فيها بالظن ، فهى مسألة أصولية قطعية .

وأجيب على هذه المناقشة : بأن هذه المسألة من المسائل التى يجرى فيها القياس كغيرها .

الدليل الرابع : استدل الجمهور بحديث رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل [3] حين بعثه إلى اليمن وقال له : ((**كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟**

---

(١) تيسير التحرير (١٠٤/٤)

وانظر الإحكام للآمدى (٦٢/٤) ، والتمهيد لأبى الخطاب (٤٥٠/٣) ، وبيان المختصر (١٧١/٣).

(٢) انظر الإحكام الآمدى (٦٣/٤) .

(٣) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصارى الخزرجى ، أبو عبد الرحمن ، كان من أفضل شباب الأنصار ، توفى سنة ١٨هـ وقيل : وله من العمر ٢٨ ، وقيل ٣٨ سنة . انظر ترجمته فى شذرات الذهب (٢٩/١) ، والاستيعاب (١٤٠٢/٣) .

قال : بكتاب الله عز وجل ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى ولا آلوا))[1] .

ووجه الاستدلال من هذا الحديث : أن النبى ﷺ صرح لمعاذ بالاجتهاد بالرأى الذى فيه عمل بالقياس ، إذ أن القياس نوع من الاجتهاد ، وليس فى هذا تفصيل أو تفضيل للعمل به فى حكم دون حكم ، مما يؤخذ منه جواز جريان القياس فى الحدود والكفارات اذا توافرت شروطه وتحققت العلة[2] .

مناقشة هذا الدليل : اعترض على هذا الدليل باعتراضات عدة :

الأول : اعترض على هذا الدليل من جهة سند الحديث ، فقالوا الحديث ضعيف بشهادة رجال الحديث ، حيث إن الحديث من رواية شعبة عن أبى عون عن الحارث بن عمرو ابن أخى المغيرة بن شعبة[3] عن أناس من أهل حمص أصحاب معاذ بن جبل .

والحارث بن عمر : مجهول لا يعرف ، وأصحاب معاذ مجهولون لا يعرفون وقد قال الذهبى : **((تفرد به أبوعون وهو محمد بن عبد الله**

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الأقضية باب اجتهاد الرأى (١٨/٤) الحديث رقم ٣٥٩٢. وأخرجه الترمذى كتاب الأحكام باب ما جاء فى القاضى كيف يقضى (٥٥٧/٤) وقال فيه الترمذى : ((هذا حديث لا نعرفه إلا من من هذا الوجه وليس اسناده عندى بمتصل)) وأخرجه الخطيب البغدادى فى الفقيه والمتفقه (١٨٨/١) وقال : ((وهذا اسناده متصل ، ورجاله معروفون بالثقة على أن أهل العلم تقبلوه واحتجوا به ، فوقفنا على صحته عندهم)).

(٢) انظر المحصول (٤٧١/٢/٢) ، والأحكام للآمدى (٦٥/٤) .

(٣) هو المغيرة بن شعبة بن أبى عامر بن مسعود الثقفى ، أبو عبد الله أحد دهاة العرب وقادتهم ، كان صحابياً ، يقال له : ((مغيرة الرأى)) ولد عام ٢٠ قبل الهجرة وتوفى عام ٥٠هـ فى الكوفة بعد ما تولى امارة البصرة والكوفة . انظر أسد الغابة (٤٠٦/٤) .

الثقفى عن الحارث ، وما روى أحد عن الحارث غير أبى عون فهو مجهول))[1] .

وقال البخارى : الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ ، وعنه أبو عون لا يصح ولا يعرف إلا بهذه المراسل[2] .

وقال ابن حزم : ((**لا يصح يعنى الحديث لأن الحارث مجهول وشيوخه مجهولون ، فلا يعتمد على هذا الاسناد فى أصل من أصول الشريعة**))[3] .

وأجيب على هذا الاعتراض من عدة أوجه :

الأول : ان هذا الحديث قد روى من طريق آخر باسناد متصل ، ورجاله ثقات ، وفى هذا قال أبو بكر الخطيب[4] : ((**وقد قيل : إن عبادة بن نسي رواه عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ ، وهذا اسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة**))[5] .

الثانى : هذا الحديث تلقته الأمة بالقبول ، وفى هذا المعنى يقول الخطيب البغدادى : إن أهل العلم قد نقلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على

---

(١) ميزان الاعتدال (٤٣٩/١) .

(٢) انظره فى تلخيص الحبير (١٨٢/٤) .

(٣) الإحكام لابن حزم (٩٧٥/٧) ، والتلخيص الحبير (١٨٢/٤) .

(٤) هو أحمد بن على بن ثابت ، البغدادى ، أبو بكر من أهم مصنفاته : تاريخ بغداد ، والفقيه والمتفقه ، والكفاية فى علم الرواية ، ولد عام ٣٩٢هـ وتوفى عام ٣٦٣هـ وانظر ترجمته فى وفيات الأعيان (٢٧/١) ، والنجوم الزاهرة (٨٧/٥) .

(٥) الفقيه والمتفقه (١٨٨/١) وأعلام الموقعين (٢٠٢/١) .

صحته عندهم ، كما وقفنا على صحة قول الرسول ﷺ ((**لا وصية لوارث**))[1] .

وقوله فى البحر : ((**هو الطهور ماؤه الحل ميتته**))[2] ، فهذان الحديثان وغيرهما مما هو فى مرتبتهما لم تثبت من جهة الاسناد ، ولكن قد تلقتها الكافة وغنوا بصحتها عندهم عن طلب الاسناد لها[3] .

الثالث : كون الحارث بن عمرو رواه عن أصحاب معاذ هذا يدل على أنه حدث عن جماعة لا عن واحد ، لذا فإنه لم يسم أحداً منهم وهذا أبلغ فى الشهرة ، وأصحاب معاذ فى الفضل والدين والصدق مشهود لهم ، ولا يعرف فيهم من هو منهم بالكذب ولا بشىء من أمور الجرح ، متهم أفاضل كمعاذ[4] .

الرابع : ان هذا من رواية شعبة ، وشعبة هذا مشهود له بالأمانة والثقة وعلو الدرجة فى علم الحديث ، فقد قال فيه بعض أئمة الحديث :

---

(١) روى هذا الحديث أبو أمامة الباهلى قال : ((سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى خطبته على حجة الوداع : ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث)) .
وقد أخرجه أبو داود فى كتاب الوصايا باب ما جاء فى الوصية لوارث (٢٩٠/٣) ، وأخرجه الترمذى فى كتاب الوصايا ، وقال : هذا حديث حسن صحيح (٣٠٩/٦) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب الطهارة باب الوضوء بماء البحر (٦٤/١) الحديث ٨٣ وأخرجه النسائى (٦٥/١) ، وابن ماجه (١٣٦/١) وأحمد فى مسنده (٣٩٢/٢) .

(٣) الفقيه والمتفقه (١٨٨/١) .

(٤) انظر : الاحكام لابن حزم (٩٧٥/٧) ، والمحصول (٤٧١/٢/٢) والتمهيد لأبى الخطاب (٤٥٠/٣) .

((إذا رأيت شعبة فى اسناد حديث فاشدد يديك به))[1] .

الخامس : لقد روى البيهقى[2] عدة طرق وشواهد تقوى هذا الحديث، بعد أن روى هذا الحديث فقد قوى بعدة شواهد موقوفة عن عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، مما يقوى هذا الحديث من هذا الوجه .

الاعتراض الثانى : اعترض على الدليل الرابع أيضا بأن هذا الحديث يستدل به على جواز الاجتهاد فى زمن النبى ﷺ وهو ما لا نقول به اكتفاء بوجوده ﷺ ، إذ يمكن الرجوع إليه فى حكم المسألة .

وأجيب عن هذا : بأن الاجتهاد فى زمنه ﷺ ثابت بهذا الحديث ، وبغيره من الوقائع التى تجيز الاجتهاد فى زمنه ﷺ ، بل قد وجد الكثير من الوقائع الاجتهادية فى زمنه ﷺ ، كما أن الاجتهاد فى زمنه ﷺ فيه لطفاً من الله بعباده لأنه لو نص على حكم كل مسألة فقد يكون فيه بعض المشقة على عباده ، لذا ترك لهم بعض المسائل ليصلوا للحكم فيها حسب اجتهادهم ، كما أنه ﷺ فوض الحكم فى بنى قريظة إلى سعد بن بمعاذ ، فحكم وصوبه النبى ﷺ ، مما يدل على جواز الاجتهاد فى زمنه[3] .

الاعتراض الثالث : القياس حجة فى الأحكام الشرعية ومنها الحدود والكفارات هذا قبل اتمام الدين واكمال أحكامه ، أما بعد اتمامه واكمال الأحكام الشرعية فلا نسلم بحجيته فى مشروعية الأحكام ، بدليل قوله

---

(١) انظر : اعلام الموقعين (٢٠٢/١) ، والسنن الكبرى (١١٣/١٠) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقى (١١٣/١٠) .

(٣) المحصول (٦٤/٢/٢) ، وروضة الناظر جـ٢ ص٤٠٧ .

تعالى: ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا**ً﴾[1] . لذا فإن تصويب الرسول صلى الله عليه وسلم لمعاذ كان قبل نزول هذه الآية وإكمال أحكام الدين .

وأجيب عن هذا : بأن الآية ليست دليلاً لكم على ما تقولون ، وإنما هى تدل على إكمال الدين من حيث أصوله التى يقاس عليها ، كحرمة شرب الخمر مثلاً ، أما من حيث الفروع ، فالوقائع لا تتناهى والحوادث متجددة ولابد من الاجتهاد والقياس فى اثبات الأحكام ومنها الحدود والكفارات[2]..

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى الذين قالوا بعدم جواز جريان القياس فى الحدود والكفارات بأدلة أهمها :

الدليل الأول : استدل هؤلاء بأن المقصود من الحدود الزجر والردع عن المعاص وكذلك الكفارة تكفر الذنوب والمعاصى ، وهذه حكم من أجلها شرع الله تعالى هذه الأمور ، لأنه هو العالم بمصالح العباد وبما فيه صلاح دينهم ودنياهم ، لذا فإن هذه الأمور من الحدود والكفارات لا يجوز أن يترك اثباتها للقياس واجتهاد المجتهد[3] .

مناقشة هذا الدليل : نوقش هذا الدليل : بأن الحدود والكفارات من

---

(١) المائدة الآية ٣ وانظر المحصول (٦٣/٢/٢) .

(٢) انظر المحصول المرجع السابق .

(٣) تيسير التحرير (١٠٣/٤) الفصول فى الأصول (١١٣) ، فواتح الرحموت (٣٥٧/٢) .

جملة الأحكام التى يجوز اثباتها بالقياس ، وقد قام الدليل على حجية القياس ووجوب العمل به وكونه طريقاً لاثبات الأحكام الشرعية ، لذا فإنه لابد من القول بالحجية العامة للقياس فى الأحكام ؛ لأننا لو قلنا بنفى حجية القياس فى الحدود والكفارات كان هذا طريقاً للنيل من الحجية العامة للقياس[1] .

الدليل الثانى : القياس فرع تعقل المعنى إذ كيف يمكن القياس مع عدم تعقل المعنى ، والحدود والكفارات مشتملة على مقادير محددة شرعاً ، كعدد المائة فى الزنا ، وغيره من الحدود ، والصوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم فى كفارة اليمين ، وكلها أمور شرعية لا يعقل معناها بالرأى[2] .

مناقشة هذا الدليل : نوقش هذا الدليل : بأن هذه الدعوى قام الدليل على خلافها اذ من الممكن ان يشرع الله تعالى الحد أو الكفارة لمعنى مناسب ثم يوجد هذا المعنى فى شىء آخر فيمكن القياس ، ما دامت العلة موجودة وتحققت الأركان والشروط .

أما ما لا يدرك فيه المعنى المناسب فلا خلاف فى أنه لا يجوز القياس فيه، حيث لا توجد العلة[3] .

الدليل الرابع : يجب أن لا يعمل بالقياس فى الحدود والكفارات ، لأن القياس عمل بالظن ، مما يجعل احتمال الخطأ فيها قائم فيكون فى هذا شبهة

---

(١) الاحكام للآمدى (٤/٦٤) وشرح اللمع (٢/٧٩٥) .

(٢) انظر تيسير التحرير (٤/١٠٣) .

(٣) انظر شرح اللمع (٢/٧٩٦) ، الفصول فى الأصول ١١٣ .

والحدود تدرأ بالشبهات ؛ لقولهﷺ : ((**ادرءوا الحدود بالشبهات**))[1] ، ولما كانت الكفارة فيها شيء من العقوبة جعلت تدرأ بالشبهات أيضاً[2] .

مناقشة الدليل : الظن الغالب اذا توصل إليه المجتهد وجب عليه العمل به ، وأن مجرد الظن لا يعتبر شبهة تدرأ الحد وإلا لما وجبت الحدود بجميع الأدلة الظنية كأخبار الآحاد ، والشهادات ، وظواهر النصوص ، فكلها أمور يعمل بها فى اثبات الحدود والكفارات فكذلك القياس[3] .

والحدود التى تدرأ بالشبهة هى التى تكون الشبهة موجودة فى اثبات الجرم على مرتكبه كان يدعى على شخص أنه حرض المجرم على ارتكاب الجريمة .

الترجيح

أرى أن الرأى الأولى بالاتباع هو رأى **الجمهور** وهو جواز جريان القياس فى **الحدود** والكفارات للآتى :

١- أن الأدلة الواردة فى حجية القياس هى أدلة عامة تفيد أن القياس حجة فى اثبات جميع الأحكام الفقهية ، وهى أدلة قوية ولم تفرق بين حكم وآخر ، وحيث لم يقو دليل على التفريق فلا وجه للقول به اذا .

---

(١) الحديث أخرجه الترمذى باب ما جاء فى درء الحدود ، الحديث رقم ١٤٢٤ وقد ورد بلفظ: ((فادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة)) راجع الحديث فى التلخيص الحبير الحديث رقم ١٧٥٥ ، ونصب الراية (٣/٣٠٥) .

(٢) انظر : تيسير التحرير (٤/١٠٣) ، فواتح الرحموت (٢/٣١٨) .

(٣) الأحكام للآمدى (٤/٦٣) ، البحر المحيط (٢/٢٧٦) مخطوطة .

٢- ان الأحناف خالفوا قولهم بعدم جريان القياس فى الحدود والكفارات ، فقد وجد فى فروعهم الفقهية العمل بالقياس فى الحدود والكفارات منها :

أ- **فى الحدود :** قولهم : إذا شهد أربعة على شخص بأنه زنا بامرأة ، وعين كل شاهد منهم مكاناً يغاير ما عينه الآخرون فإنه يجب أن يحد الزانى فى هذه الحادثة استحساناً ، مع أن هذا الوجوب غير معقول المعنى ، ومن هذا يلزمهم العمل بالقياس فى الحدود من باب أولى ما دامت العلة موجودة ومتحققة[1].

ب - **ومن فروعهم التى عملوا فيها بالقياس فى الحدود** - أيضا - فى المحاربة ، فقد أوجبوا الحد فيها على الردء[2] والمباشر ، قياساً على الردء والمباشر فى استحقاق الغنيمة ، فكما أن الردء والمباشر فى استحقاق الغنيمة على السواء فكذلك فى تطبيق الحد عليهما فى المحاربة سواء[3] .

جـ - **فى الكفارات :** أوجبوا الكفارة على من أفطر عمداً فى نهار رمضان ، وهذا قياساً على وجوب الكفارة على المجامع فى نهار رمضان،

---

(١) انظر الفصول فى الأصول (١١٤) للجصاص .
وانظر البحر المحيط (٢٧٦/أ) .

(٢) الردء : هو المعين والناظر ، قال تعالى فى شأن موسى وهارون : ((وأخى هارون هو أفصح منى لساناً فأرسله معى ردءاً يصدقنى إنى أخاف أن يكذبون)) الآية ٣٤ من سورة القصص ، وانظر المصباح المنير (٢٢٥/١) ، وفى المفردات فى غريب القرآن : الردء : الذى يتبع غيره معيناً له ١٩٣ كتاب الراء .

(٣) شرح اللمع (٧٩٣/٢) حيث نقله عنهم الشيرازى ، كما نقله أبو الخطاب الحنبلى فى التمهيد (٤٥١/٣) .

فتجب الكفارة على من أفطر عمداً بالأكل والشرب في نهار رمضان قياساً على وجوبها على المفطر جماعاً ، لاشتراكهما في علة واحدة ، وهي أن كلا منهما تعمد الافطار وانتهك حرمة نهار رمضان[1] .

د – **في الكفارة** – أيضاً – : أوجبوا الجزاء على المحرم في قتله الصيد خطأ قياساً على قاتله عمداً ، مع أن النص القرآني ورد في العمد ، قال تعالى : **﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾**[2] .

٣- كما أن العلماء ومنهم الأحناف اتفقوا على أن حد شارب الخمر ثمانون جلدة ، وقد أثبتوا هذا الحد بالقياس على القاذف في وجوب الثمانين، ولم يخالف أحد في وجوب الثمانين[3] وأن ما كان من قول الأحناف أن هذا ثبت باجتهاد الصحابة ولم يبتدئوا القياس فهذا مردود كما سبق ، لأن القياس على حد القاذف في الثمانين أقرب .

هذا وغيره[4] مما يؤيد وجهة نظر الجمهور في اثبات الحدود والكفارات بالقياس ، خاصة وأن أدلة الأحناف في النفي ضعيفة ، وما ورد عنهم من أقوال في الفروع الفقهية السابقة وغيرها يدل على أخذهم بقول الجمهور معنى والله أعلم .

---

(١) الفصول ١١٥ ، والهداية (٢/٨٥) .

(٢) الآية ٩٥ من سورة المائدة وانظر الهداية (٢/٨٥) والبحر المحيط (٢٨٦/أ) .

(٣) انظر الهداية (٢/٨٢) ، وتيسير التحرير (٤/١٠٤) .

(٤) أورد الامام الشافعي أمثلة كثيرة عنهم في هذا الشأن راجع نهاية الوصول للهندي جـ٢ ورقة ١٥٩/ب وما بعدها .

المبحث الثالث

أمثلة تطبيقية لإثبات العقوبات المقدرة بالقياس

المطلب الأول

أمثلة للقياس فى الحدود

١- النباش : الذى ينبش القبور ليسرق أكفان الموتى ، تقطع يده قياساً على السارق ، لجامع مشترك بينهما وهو أن كلا منهما أخذ مال الغير خفية من حرز مثله وهذا على رأى الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة[١] .

٢- جعل حد شارب الخمر ثمانون قياساً على القاذف ، بجامع الافتراء فى كل .

٣- قياس اللائط على الزانى ، يمكن أن يقاس اللائط على الزانى فتطبق عقوبة الزنا على اللائط ، وبهذا يكون اللواط حداً ويخرج عن كونه تعزيراً[٢] .

٤- اذا قلنا : إن القذف هو الرمى بوطىء حرام فى قبل أو دبر فهل يمكن قياس رمى الرجل للرجل باللواط على رمى المرأة بالزنا وبناءً عليه تطبق عقوبة القذف على من يرمى غيره باللواط .

---

(١) انظر هذا الفرع بالتفصيل فى المغنى لابن قدامة (١٠٩/٩) وشرح الهداية (١٢١/٢) .

(٢) انظر الكلام عن حد اللواط فى صـ ١١٠من هذا البحث وانظر الأحكام السلطانية للماوردى ٢٢٤ وتبيين الحقائق (١٨١/٣) ، وروضة الطالبين (٩٠/١٠) والمغنى (١٨٧/٨) .

اذا اعتبرنا الرمى باللواط رمياً بوطء محرم على جهة التعبير فيمكن أن يطبق على من يرمى غيره باللواط حد القذف ، وبهذا يخرج عن كونه عقوبة تعزيرية[١] .

٥- عقوبة الاتجار فى المخدارات : مما لا شك فيه أن هذا وباء وشر عظيم يؤدى إلى هلاك الأمة وتدمير المجتمع ، وبائعى المخدرات أو المتسترين عليها ، أو المروجين لها هؤلاء هم السوس الذى ينخر فى عظام المجتمع ليحوله إلى مجتمع متهالك نظراً لتسليط هذا الداء على بنيته الأساسية وهم الشباب ، وقد أجمع أهل الخبرة من الأطباء وغيرهم على أن المخدرات بجميع أنواعها شرها عظيم ، وعقباها وخيم ، فهى تؤدى إلى اتلاف الجهاز الهضمى لما تسببه من قرحة فى المعدة والمرىء ، واتلاف الجهاز التنفسى لما تسببه من سرطان الرئتين ، وتؤدى إلى هدم الجهاز العصبى فى الانسان وتدميره كلية ، وغير هذا من الأوبئة العظيمة التى يسببها هذا الوباء الخطير ، لذا نجد أهل الرأى والاجتهاد يقفون بأقلامهم بشدة فى التنبيه على ضرر هذا الوباء وخطره ، ونجد الحكومات فى مختلف الأمم والشعوب متنبهون لهذا الشر العظيم فما يزالون يواجهون هذا العدو الشرس بشراسة تليق به ، ونحن مجتمع مسلم لم يترك ديننا العظيم أمراً ، إلا ووضع الحل له إما نصاً وإما استنباطاً بواسطة علماء هذه الأمة ومجتهديها .

ونحن أمام جريمة خطرها عظيم وضررها أكيد ، وهى جريمة الاتجار فى المخدرات والتستر عليها والترويج لها وهذه الجريمة تشترك

---

(١) قال تعالى : ((والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك الفاسقون)) فإذا اعتبرنا الخطاب للرجال أوالنساء عام ، فيلحق اللواط بالزنا فى الرمى . والله أعلم .

مع جريمة المحاربة فى السعى فى الأرض فساداً ، بل إن خطرهم عظيم وأشد ؛ حيث إنهم يحاربون الأمة فى أعز ما تملك فى شبابها ، بإفساد عقولهم ، وجعلهم أدوات هدم ومعاول تخريب فى المجتمع المسلم . لذا فإنه يطبق على مرتكب هذه الجريمة عقوبة المحاربة قياساً فيكون حد هذه الجريمة هو حد المحاربة ، ويطبق عليهم قوله تعالى : ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم**﴾[1] .

٦- شارب المخدرات يلحق بشارب الخمر فيطبق عليه عقوبة شارب الخمر ، بقياس المخدرات على الخمر حيث يوجد الجامع المشترك بينهما وهو الاسكار فى كل .

وغير هذا من العقوبات الكثيرة التى تلحق بما يشبهها من عقوبة حدية.

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة .

المطلب الثانى

أمثلة للقياس فى الكفارات

١- القتل الخطأ تجب فيه الدية والكفارة ، لقوله تعالى : **﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقو﴾**[١] .

وقد ذهب فريق من العلماء[٢] إلى القول بوجوب الكفارة فى القتل العمد أيضاً قياساً على وجوبها فى القتل الخطأ ، بجامع اذهاق الروح فى كل وقتل نفس حرم الله قتلها إلا بالحق ، بل إن وجوب الكفارة فى العمد أولى ؛ لأن العمد أكبر جرماً من الخطأ والحاجة فيه إلى تكفير الذنب أشد .

وذهب البعض[٣] إلى عدم وجوب الكفارة فى العمد استناداً لقوله تعالى : **﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾** فاستند فى هذه الآية إلى مفهوم المخالفة ، حيث إن مفهومه : من قتل متعمداً لا كفارة عليه .

أما الأحناف : فإنهم لا يقولون بالكفارة فى القتل العمد استناداً إلى عدم جريان القياس فى الكفارات[٤] .

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء .

(٢) ذهب إلى هذا الشافعى ومالك وفى رواية لأحمد . انظر مغنى المحتاج (١٠٧/٤) ، والمغنى لابن قدامة (٥١٤/٨) والأشباه والنظائر لابن السبكى ٧٤٢ .

(٣) هذه رواية لأحمد وقيل هو المشهور عن المالكية انظر حاشية الدسوقى (٢٨٦/٤) والمغنى (٥١٤/٨) .

(٤) انظر شرح الهداية (٢٤٩/٨) .

وقد حكى هذا الخلاف القرطبى فقال : وقد أجمعوا على أن على القاتل خطأ الكفارة ، واختلفوا فيها فى قتل العمد .

فكان مالك والشافعى يريان على القاتل العمد الكفارة كما فى الخطأ ، قال الشافعى : إذا وجبت الكفارة فى الخطأ فلأن تجب فى العمد أولى ، وقال : إذا شرع السجود فى السهو فلأن يشرع فى العمد أولى ، وليس ما ذكره الله تعالى فى كفارة الخطأ بمسقط ما قد وجب فى العمد .

وقد قيل : إن القاتل عمداً إنما تجب عليه الكفارة إذا عفى عنه فلم يقتل ، فأما إذا قتل قوداً فلا كفارة عليه تؤخذ من ماله ، وقيل تجب ، ومن قتل نفسه فعليه الكفارة فى ماله .

وقال الثورى وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا تجب الكفارة إلا حيث أوجبها الله تعالى ، قال ابن المنذر : وكذلك نقول ؛ لأن الكفارات عبادات ولا يجوز التمثيل ، وليس يجوز لأحد أن يفرض فرضاً يلزمه عباد الله إلا بكتاب أو سنة أو اجماع ، وليس مع فرض على القاتل عمداً كفارة حجة من حيث ذكرت[١] .

٢- حكم من كان عليه صوم من رمضان وأخره حتى دخل عليه رمضان أخر ، وكان هذا التأخير بدون عذر .

فمن أجاز القياس فى الكفارات قال : يجب عليه القضاء والكفارة قياساً على من أفطر فى رمضان متعمداً ، بجامع أن كلا منهما استهان بحرمة الصوم[٢] .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٥/٣٣١) .

(٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد (١/٨٩) .

٣- من أكل أو شرب عمداً فى نهار رمضان بدون عذر هل تجب عليه الكفارة مع القضاء .

ذهب البعض إلى القول بوجوب القضاء والكفارة قياساً على من جامع فى نهار رمضان ، لانتهاك حرمة الصوم فى كل[١] .

٤- من جامع فى نهار رمضان ناسياً .

قيل : بوجوب الكفارة عليه قياساً على من جامع متعمدا فيستوى العمد والنسيان هنا ، كما يستوى العمد والنسيان فى الحج[٢] .

٥- قياس قتل الصيد ناسياً على قتله عمدا فى ثبوت الكفارة فى قتله ناسياً كما ثبت فى قتله عمداً ، وهى دفع المثل ، بجامع اذهاق روح هذا الحيوان المنهى عن قتله فى الحرم[٣] .

والأمثلة فى هذا كثيرة مبسوطة فى كتب الفقه المختلفة كما أشرنا ، فمن استقرأ كتب الفقه وجد فيها الكثير والكثير ، ولكن هذا بعض من كل ذكرناه للتمثيل فقط .

والله تعالى أعلى وأعلم

---

(١) قال بهذا أيضاً الإمام أبو حنيفة انظر الهداية (١٢٤/١) ، وقال الشافعية والحنابلة : بعدم وجوب الكفارة هنا لعدم صلاحية هذه العلة . انظر المغنى (١٠٥/٣) ومغنى المحتاج (١٠٧/٤) .

(٢) المغنى (١١١/٣) .

(٣) انظر التمهيد للإسنوى ٤٦٧ ، شرح اللمع (٧٩٤/٢) ، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ، البحر المحيط (٢٥٦/أ) .

المبحث الرابع

العقوبات الشرعية غير المقدرة (التعزيرات)

وإثباتها بالقياس

المطلب الأول

معنى التعزير

أولا : معنى التعزير لغة :

التعزير لغة يطلق على معان منها :

١- **اللوم** : يقال : عزره ، أى لامه ، والعزر اللوم .

٢ - **الإعانة والنصر** : ومنه قوله تعالى : ﴿**لتؤمنوا بالله ورسوله وتعزروه وتوقروه وتسبحوه وأصيلا**[١]﴾ أى تنصروه وتعينوه كما نصركم

٣ - **الرد والمنع** : يقال عزره يعزره أى رده ومنعه من المعصية

٤ - **التأديب** : ولهذايسمى الضرب دون الحد تعزيرا ، يقال عزرته أى أدبته[٢] .

والتعزير بمعنى : الرد والمنع ، وبمعنى اللوم ، وبمعنى التأديب هو المقصود ، لأن هذه المعانى الثلاثة متقاربة إذ كلها تعطى معنى : الرد والمنع من المعصية ، واللوم والتأديب على فعلها

---

(١) الآية (٩) من سورة الفتح .

(٢) انظر لسان العرب جـ٢ صـ ٧٦٤ ، القاموس المحيط صـ ٨٨ ، تاج العروس جـ٤ صـ ٣٩٤ .

ثانيا : معنى التعزير شرعا :

للفقهاء عبارات متعددة فى معنى التعزير أهمها .

ورد فى "نهاية المحتاج" أن التعزير هو التأديب فى كل معصية لله أولآدمى لاحد لها ولا كفارة[١] .

وكذلك قيل فى تعريفه : إنه تأديب دون الحد ، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع[٢] .

وقيل – أيضا : بأنه العقوبة التى لبس فيها شئ معلوم ، بل يحتلف بإختلاف الناس وأقولهم وأفعالهم[٣] .

وقال الماوردى : التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ويختلف حكمه باختلاف حالة وحال فاعله[٤] .

وجاء فى "المغنى لابن قدامة" بأنه عقوبة مشروعة على جناية لاحد فيها[٥].

وعرفه ابن حزم بقوله : "وأما سائر المعاصى فإن فيها التعزير فقط وهو الأدب[٦] "

---

(١) نهاية المحتاج (٨ / ١٦) .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣ / ٢٠٧) ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (٥ / ٤٤)

(٣) انظر شرح الخرشى على مختصر خليل (٨ / ١١٠) وانظر منح الجليل شرح مختصر خليل (٤ / ٥٥٣) .

(٤) الأحكام السلطانيه للماورى (٢٣٦) ، وانظره فى أسنىالمطالب شرح روض الطالب (٤/ ١٦١) .

(٥) المغنى لابن قدامة (٨ / ٣٢٤) وانظره فى كشاف القناع (٦ / ١٢١) .

(٦) المحلى لابن حزم (١٣ / ٤٣٢) .

هذا ما وقفت عليه من عبارات للفقهاء فى معنى التعزير ، وكتب الفقه فيها الكثير من الأقوال التى وردت حول هذا المعنى والذى يعنينها فى هذا المقام : أن هذه العبارات أو معظمها لاتخرج عن معنى ، كون التعزير عقوبة شرعية على ذنوب لم تشرع فيها عقوبات محددة .

فالتعزير إذا : عقوبة شرعية غير مقدرة ، لجرائم غير محددة ، وهو يختلف باختلاف الجريمة وملابستها ، والمجرم وحالته

المطلب الثانى

مشروعية التعزير وأنواع المعاصى
التى شرع فيها التعزير

هناك الكثير من الأدلة التى وردت على مشروعية التعزير وسوف نقتصر على ذكر البعض منها : من الكتاب ، والسنة ، والاجماع

أولا : من الكتاب قوله تعالى : ﴿**واللاتى تخافون نشوذهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيراً**[1]﴾ .

ووجه الدلالة : هو أن الله عزوجل قد أجاز لنا فى حالة الخوف من تقصير الزوجة فى حقوق الزوج وخروجها عن طاعته بحيث تكون ناشزاً أن نتدرج معها فى العقوبة : الوعظ ، فإن لم يفد الوعظ ، فالهجر فى الفراش فإن لم تستقم فالضرب غير المبرح، وكل هذه عقوبات شرعت وقد قصد بها الزجر والتأديب والاستصلاح .

وإليك كلام القرطبى[2] فى تفسير هذه الآية :

قال : "أمر الله أن يبدأ النساء بالوعظة أولا ، ثم بالهجران ، فإن لم ينجحا فالضرب " **وقال** : "والضرب فى هذه الآية هو ضرب الآدب غير

---

(١) الآية رقم (٣٤) من سورة النساء وانظر فى وجه الاستدلال : فتح القدير (٤ / ١٢) ، شرح والمغنى لابن قدامة (٨ / ٣٢٧) .

(٢) القرطبى : محمد بن أحمد بن أبى فرح الخزرجى ، المالكى ، أبو عبد الله صاحب كتاب "الجامع لأحكام القرآن " فى التفسير ، توفى سنة ٦٧١هـ
انظر ترجمته فى طبقات المفسرين (٧٩) .

المبرح ، وهو الذى لايكسر عظما ، ولا يشين جارحه كاللكزة ونحوها ، فإن المقصود منه الصلاح لا غير[1] .

ثانيا : الدليل من السنة : عن عمرو بن شعيب[2] ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : " مروا صبياكم إذا بلغوا سبعا ، واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً ، وفرقوا بينهم فى المضاجع"[3] .

ووجه الاستدلال : أن النبى ﷺ - أمر بضرب الصبيان إذا بلغوا عشر سنوات وتركوا الصلاه ، وهذا الضرب إنما هو لغرض اصلاحهم ، ومعلوم أنه ضرب تعزير .

ففى الحديث دلالة من هذا الوجه على مشروعية التعزير هذا : كما أن الأمة أجمعت على مشروعية التعزير واتفق العلماء على مشروعيته فى العقوبات التى لبس فيها حد[4] .

فالتعزير عقوبة مشروعة فيما ليس فيه حد دون اختلاف والله أعلم

أنواع المعاصى التى شرع فيها التعزير

أولا : معاصى لها حد حيث شرع الحد فى جنسها ، ولكن لم تتوفر فيها الشروط التى توجب الحد ، كمن سرق دون النصاب فجنس السرقة

---

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبى (٥ / ١٧٢)

(٢) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمى الفرس ، أحد علماء زمانه ،توفى سنة (١١٨) هـ . :الاعلام (٢٨٥/٤) .

(٣) الحديث رواه أحمد فى مسنده انظره فى الفتح الربانى (٢ / ٢٣٧) كما رواه أبو داود بنحوه (نظره فى غون المعبود (٢ / ١٦٢) ورواه البيهقى فى سننه (٣ / ٨٤) ، كما رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح انظره سنن الترمذى (٢ / ١٢٦) .

(٤) انظر تبيين الحقائق (٣ / ٢٠٧) ، والأحكام السلطانية (٢٣٦) .

فيها الحد ولكن لكونها لم تبلغ النصاب اندفع الحد ، فيعاقب عليها بالتعزير، ومن ذلك : - تقبيل الرجل للمرأة الأجنبية أو نحو هذا مما يوجب التعزير من مقدمات الزنا وليس بزنا .

ثانيا : معاصى ، منع فيها تطبيق الحد نظراً الشبهة درأت الحد كوطء رجل لامرأة ظنها زوجته ، فهذه عقوبة شرع فيها الحد ولكن نظراً لعدم قصد الزنا والخطأ فإنه يدرأ الحد وتطبق عليه عقوبة تعزيره .

ثالثا : معاصى ليس فيها حد ولا قصاص كخيانة الأمانة وغيرها من العقوبات الكثيرة التى ليس فيها حد ولاقصاص ، فهذه يعاقب عليها عقوبة تعزيره ، ويدخل فى هذا أكل الربا ، والرشوة ، وسائر الجرائم والمنهيات التى ليس فيها حد أوقصاص[1] .

---

(١) انظر تبصرة الحكام (٢ / ٢٩٤ ، ٢٩٥) ، والسياسة الشرعية (١٤٦)

المطلب الثالث

أنواع التعزيرات

العقوبات التعزيرية على ثلاثة أنواع

١ - عقوبات تعزيرية بدنية .

٢ - عقوبات تعزيرية نفسية .

٣ - عقوبات تعزيرية مالية .

أولاً : العقوبات التعزيرية البدنية : وهذا النوع من العقوبات هو ما يكون فيه مساسا ببدن الجانى ، بحيث يوقع عليه من العقوبة مايؤلمه ، سواء بصورة مباشرة كالقتل أوالجلد ، أوبصورة غير مباشرة كالحبس[1] أو

---

(١) الحبس فى اللغة : بمعنى المنع ، وهو ضد التحلية .

وفى الشرع : وضع الآدمى فى مكان معين مخصص للحبس ، بحيث لا يخرج منه ، مدة معينة حسبما يراه ولى الأمر ، وما يتناسب مع مالرتكبه من جرم .

وهذا المعنى مأخوذ من عبارات الفقهاء .

ففى تبصرة الحكام : "حتى يؤدى ماعليه أو يموت فى الحبس ، أو يتبيين للإمام أنه لاشئ معه فيطلقه" تبصرة الحكام (٢ / ٣٢١) وفى الخراج لأبى يوسف : "أهل الدعارة والفسق، والتلصص إذا أخذوا فى شئ من الجنايات وحبسوا هل يجرى عليهم مايقوتهم فى الحبس " الخراج لابى يوسف (١٤٩) .

وفى بدائع الصنائع : "فإن لم يعلم القاضى حبسه فى السجن" (٩ / ١٩٧) والحبس مشروع بأدلة كثيرة منها : قوله تعالى : **﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا﴾** النساء (١٥) .

النفى[1] أو غير هذا من العقوبات التى تمس بدن الجانى أو تقيد حريته .

ثانيا : العقوبات التعزيرية النفسية :

وهذا النوع من العقوبات يدخل فيه العقوبات التى تؤذى شعور الشخص وتؤلمه نفسياً ، فهى تمس احساسه وشعوره ولكنها لاتؤلم الشخص بدنيا فى جسمه كالضرب ونحوه أو تؤلمه ألما غير مباشر كالحبس أو النفى.

وهذا النوع من العقوبات التعزيرية الغرض منه : ايقاظ نفس الجانى، بحيث يستيقظ من غفلته إلى الحق .

ومن هذه العقوبات :

الوعظ ، والهجر ، التوبيخ ، والتهديد ، التشهير[2]

---

(١) النفى مشروع بقوله تعالى : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الأخرة عذاب عظيم﴾ فقيل : إن معنى النفى هنا هو الحبس فى بلد ارتكاب الجريمة ، وقيل هو الحبس فى بلد آخر ، وقيل معناه التشريد بحيث لايكون له مأوى يأوى إليه

وقيل : هو أن يطلب النفى لإقامة الحد عليه

وقيل : هو التعزير بما يردعه من حبس وغيره

وأرى : أن النفى : عزل للجانى وابعاد له عن المكان ، وقطع لخبره عن المكان الذى نفى منه . انظر الأحكام السلطانية للماوردى (٦٢) وبداية المجتهد (٢ / ٣٤٢) ، والمبسوط (٩/ ١٩٩) .

(٢) انظر الأحكام السلطانية لأبى يعلى (٢٧٩ - ٢٨٣) .

ثالثا : العقوبات التعزيرية المالية

وهى العقوبات التى تمس الجانى فى ماله ، سواء بأخذ هذا المال ، أو باتلافه .

وقد ثبتت الرويات الكثيرة التى تدل على جواز هذا . فقد ثبت عنه ﷺ أنه قال : "فى كل إبل سائمة فى كل أربعين ابنه لبون ، لاتفرق ابل عن حسابها ، من أعطاها مؤتجرا فله أجرها ومن منعها فإنا آخذوها منه وشطر إبله عزمه من عزمات ربنا عزوجل لايحل لآل محمد منها شئ[1] "

كذلك ثبتت مشروعية الاتلاف ، فقد حكم - ﷺ - فى مسجد الضرار أن يهدم ويحرق[2] .

ومن صور التعزير : الفرامة ، والمصادرة ، والاتلاف[3]

---

(١) الحديث رواه أحمد فى مسنده عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده انظره فى فتح الربانى (٨ / ٢١٧) ورواه أبو داود انظره فى عون المعبود (٤ / ٤٥٣) .

(٢) انظر هذا المعنى فى السيرة النبوية لابن هشام (٤ / ١٧٤) وانظره ، فى تفسير القرطبى (٨ / ٢٥٣) .

(٣) انظر التفصيل فى : تبصرة الحكام (٢ / ٢٩٨) ، وبدائع الصنائع (٩ / ٤٤٥٣) والاحكام السلطانية للماوردى (٢٣٩) ولأبى يعلى (٢٨٣) .

المطلب الرابع

فى اثبات العقوبات التعزيرية بالقياس

إن جريان القياس فى العقوبات عموماً قليل وفى أمور محدودة ، وليس كما هو الشأن فى معظم المسائل الفقهية الأخرى ومما يجب أن نلفت النظر إليه هو : أن جريان القياس فى الجرائم والعقوبات أمر يكاد معدوماً فى القوانين الوضعية ، خاصة فى قانون العقوبات ، وذلك لأن – عندهم – لاجريمة ولا عقوبة إلا بقانون" فلابد من نص يحكم كل عقوبة وينص عن كل جريمة . وهذا مماجعل حرية القضاة مقيدة أمام النصوص فلا يتوسعون فى العقوبات استناداً إلى القياس مهما وجد من تشابه فى العلة وهذا خلاف ما عليه الشريعة الإسلامية .

فإن القياس فى الشريعة الاسلامية دليل من أدلة التشريع ، ومصدر رابع للمصادر الآساسية التى تبنى عليها الأحكام الشريعة العملية .

والواقع : أن النصوص ثابتة والوقائع لاتتناهى ، فلابد من القياس حتى يمكن أن نعطى الوقائع التى لا نص على حكمها حكم الوقائع النصوص على حكمها مادام هناك اشتراك فى العلة .

لذا فإن علماء الشريعة الاسلامية قالوا بثبوت العقوبات التعزيرية بالقياس .

فإذا وجدت قضية معينة قد حكم فيها النبى ﷺ بعقوبة تعزيرية أو قضية قد حكم فيها أصحاب رسول الله – ﷺ بعقوبة من هذا القبيل ، ثم

وجدت قضية أخرى أو واقعة أخرى مستحدثة وتحقق فيها نفس الوصف الذى تحقق فى القضية المماثلة المقضى فيها فإنه يجوز اجراء القياس فيها ويقضى فيها بنفس العقوبة التى كانت فى الأولى[١] .

وقد استدل العلماء على جواز جريان القياس فى العقوبات التعزيرية بالآتى :

أولا : إن الشارع الحكيم قصد بالعقوبات الردع والزجر ، وحفظ المصالح العامة والخاصة للفرد والمجتمع ، فإذا تحققت هذه العلة فإنه لامانع من العمل بها والاخذ بالقياس فيها حيث لا يوجد مانع[٢]

ثانيا: ان الآدلة التى تمسك بها الجمهور على حجية القياس عامة فى جواز العمل بالقياس فى جميع الأحكام والوقائع ، ولم يرد ما ينص على التفريق ، فيدخل القياس فى التعزير وغيره ولاوجه لعدم القول به فيه[٣] .

ثالثا : إذا كان القياس حجة ويجب العمل به شرعاً فإنه لا مانع يمنع المجتهد من الاخذ به والعمل بمقتضاه فى قياس الأمور بعضها على بعض مادامت العلة موجودة ، وبناء على ذلك فإنه لامانع - أيضا - من أن يأخذ به المجتهد ويقيس الجرائم بعضها على بعض وكذلك العقوبات مادامت العلة متحققة . لذا فإن ثبوت العقوبات التعزيرية بالقياس أمر جائز وهو المطلوب ، ولا محل للنزاع فيه .

---

(١) أصول الفقه للشيخ أبو زهره صـ ٢٥٩ .

(٢) أصول الفقه لأبى زهرة (٢٥٩) .

(٣) قد سبقت الاشارة إلى الأدلة الواردة على حجيه القياس .

ومما يؤيد هذا عمل الصحابة به ، فقد أمر عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالقياس فى إلحاق بعض الأمور ببعض ، ويظهر هذا من كتابه إلى أبى موسى الأشعرى[1] وقوله : "اعرف الأشباه والأمثال ، ثم قس الأمور بعضها ببعض" [2] .

---

(١) هو عبد الله بن قيس بن سليم ، من بنى الأشعر ، كان صحابيا جليلا ، جعله الرسول - ﷺ - على عدن ، وولاه عمر بن الخطاب على البصرة عام (١٧) هـ ، وتوفى - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عام (٤٤) هـ انظر ترجمته فى : الإصابة ترجمة رقم (٤٨٨٩) ، وحلية الأولياء (١ / ٢٥٦) .

(٢) انظر كتاب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى فى : أعلام الموقعين (١ / ٨٥ - ٨٦) .

المطلب الخامس

أمثله لإثبات التعزيرات بالقياس

أولا : تحريم التأفيف للوالدين الثابت بالنص فى قوله تعالى :﴿وقضى ربك أن لاتعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما﴾ (١) فالآية دلت على تحريم التأفيف بالوالدين لما فيه من الآذى المعنوى الذى يلحق بالوالدين .

ومما لاشك فيه أن هذه العلة - وهى الآذى - موجودة ومتحققة فى الضرب ، بل هى فيه أكثر لكونه أذى معنوي وأذى مادى فيكون منهيا عنه - أيضا - قياسا على تحريم التأفيف المنهى عنه فهذا مثال مشهور بثت فيه تجريم التأفيف ويقاس عليه تجريم الضرب للوالدين .

وهنا نسأل آنفسنا : ما هى عقوبة التأفيف للوالدين والحاق الاذى المعنوى بهما؟

العقوبة هى : أن يوقع عليه القاضى أو ولى الآمر عقوبة لاتبلغ حدا، فيوقع عليه من الضرب أو الحبس أو غيرهما ما يراه زاجراً له ولآمثاله الذين يستهينون بحرمة الوالدين .

ويقاس على هذا فى العقوبة ما يلحق بوالديه أذى ماديا كالضرب ونحوه فيعزر بالضرب أو الحبس ، أو التهديد ، أو مايراه القاضى أو ولى الأمر أن فيه زجرا له ولأمثاله (٢) .

---

(١) الآية (٢٣) من سورة الاسراء .

(٢) انظر هذا الفرع فى أصول الفقه للشيخ زهير جـ٤ ، صـ ٤٣ .

ثانيا : اتيان البهائم ، شئ حرمه الله تبارك وتعالى ، حيث خلق الله الانسان وجعل له طرقا شرعية لتصريف الطاقة الجنسية التى ركبها فيه ، فكان هناك طريقان لذلك : الزوجية ، أو وماملكت يمينك من الإماء .

فلا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الأخر أن يصرف شهوته إلا فيما أحل الله له من زوجته أو ماملكت يمينه ، فيكون اتيان البهيمة حرام من هذه الناحية، ويكون هذا الفعل موجبا للعقوبة وهى عقوبة تعزيرية ، حيث لاحد لمرتكب مثل هذه الجريمة ، فكانت العقوبة تعزيرية حسبما يراه ولى الأمر .

وقد روى عن ابن عباس – رضى الله عنها – فيما يرويه عنه عكرمة : "من أتى بهيمة فاقتلوه ، واقتلوا البهيمة " ، قال : قلت : ماشأن البهيمة ؟ قال : مأره إلا قال ذلك أنه كره أن يؤكل لحمها ، وقد عمل بها ذلك العمل "

وقد أردف أبو داود هذا الحديث بحديث آخر عن ابن عباس – رضى الله عنهما قال : "ليس على من أتى بهيمة حد."

قال الحسن : هو بمنزلة الزانى ، وقال أبو داود ، وعطاء والحكم : يجلد ولا يبلغ به الحد[1] .

المهم : أن من أتى بهيمة يوقع عليه عقوبة تعزيريه كما قال معظم الفقهاء ، حيث ذهبوا إلى أن من أتى بهيمة أدب وقتلت البهيمة ان كانت مأكولة اللحم .

---

(١) انظر الحديث رقم (٤٤٦٤) فى سنن أبى داود والحديث رقم (٤٤٦٥) وانظر بذل المجهود فى حل أبى داود (١ / ٩) وسنن أبى داود (٤ / ١٥٩) .

ويقاس على هذا : المرأة التى تمكن حيوان من نفسها كقرد أو كلب – مثلا – فإنها إذا فعلت هذا – وهو ما يفعله بعض الشواذ – فإنها تعزر ، قياسا على الرجل الذى يأتى البهيمة . وقد قال ابن عابدين فى الحاشية : "لو مكنت امرأة قردا من نفسها فوطأها كان حكمها كاتيان البهائم ، أى لاحد عليها بل تعزر[1] " وقال الخرش : : "لاحد على من تدخل فى فرجها ذكر بهيم حى أو ميت ، وتؤدب باجتهاد الإمام ، لأن هذا الفعل معصية وليس بزنا"[2]

وقال النووى – رحمة الله – : "لو مكنت امرأة قرداً من نفسها كان الحكم كما لو أتى بهيمة"[3]

ثالثا : مباشرة الرجل المرأة من غير جماع :

مباشرة الرجل للمرأة الأجنبية دون جماع ، كالمعانقة والمفاخذة ، والمضاجعة ، والتقبيل ، ونحوه مما يثير الشهوة دون الجماع ، مثل هذا يعاقب عقوبة تعزيرية حسبما يراه ولى الأمر أو القاضى ، فيوقع عليه من العقوبات التعزيرية[4] ما يكون زاجراً له ولأمثاله .

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤ / ٢٦) .

(٢) الخرش على مختصر خليل (٨ / ٧٨) .

(٣) روضة الطالبين (١٠ / ٩٢) .

(٤) العقوبات التعزيرية : إما أن يكون التعزير بالقتل وهذا فى الجرائم الخطيرة التى تهدد كيان الأمة كالاتجار فى المخدرات ، وكل مايؤدى إلى السعى فى الأرض فساداً ، وقد يكون التعزير بالضرب ، وقد يكون بالحبس . وقد يكون بالوعظ ، والانذار ، والتشهير ، والهجر ، والصلب ، والنفى انظر الجانب التعزيرى لمحمد على بن سنان صـ ٤٩ وما بعدها .

ويقاس على هذا : مساحقة النساء ، - "أى إتيان المرأة المرأة بوضع جسد كل واحدة منهما على الأخرى دون حائل " فتعاقب عقوبة تعزيرية .

وفى هذا المعنى يقول ابن قدامة : "ان تدالكت امرأتان فهما زانيتان، ملعونتان " لما روى عنه ﷺ **قال :** "إذا أتت المرأة المرأة فهما زانتيان"(١) .

وهكذا فإن كل جريمة تعزيرية يمكن أن يلحق بها ما شابها مادامت العلة موجودة ، والجرائم التعزيرية كثيرة منها بيع المخدرات وتهريبها والتستر عليها ، ومنها - أيضا وطء الميتة والصغيرة ومنها : الانتهاك ، والاختلاس والغش ، وخيانة الأمانة وسرقة شئ من غير حرز مثله ، أو دون النصاب ، أوالشروع فى قتل أو سرقة وجميع جرائم الشروع ، والقذف بغير الزنا وسب الحاكم الذى يقيم حدود الله وشتمه ونشوز الزوجة، وامتناع الزوج عن القيام بحقوق أطفاله وزجته ، وغير هذا من الجرائم التعزيرية الكثيرة جداً فالحوادث متجددة ، والوقائع لاتتناهى لذا كانت عقوبة التعزير لمن لا حد له مقدر من الشارع والله أعلم .

---

(١) المغنى (٨ / ١٨٩) ، وانظر الحديث رقم (٤٤٦٥) فى سند أبى داود (٤ / ١٥٩) .

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع اثبات الجرائم والعقوبات بالقياس ، وتوضيح أقوال العلماء فى هذا الموضوع وبيان هذا بالأمثلة والوقائع أحمد الله العلى الكريم على توفيقه لى فى اختيار هذا الموضوع والكتابة فيه ، وأريد أن أسجل كلمة سريعة هنا فى الخاتمة .

فأقول وبالله التوفيق :

إن الدين الإسلامى الحنيف دين قويم لا يشعر بعظمته إلا من تدبر نصوصه ، فهو دين يربى المجتمع على تقول الله ، ومراقبته فى السر والعلانية ، فالإنسان المؤمن حقاً لا يجرؤ على مخالفة أوامر الله أو يتعدى حدوده ، وإن تعدى حدود الله وارتكب جرماً كانت العقوبة بتطبيق الحد لتطهير هذا الشخص الذى سولت له نفسه وشيطانه ؛ ولتطهير المجتمع من ارتكاب الرزيله وكذلك كان الحد التخليص المجتمع من العصاه الفاسقين الذين يتبجحون ويرتكبون الجرائم والرزائل ، ولردع الآخرين ، لذا كان تنفيذ الحد علانية ، قال تعالى :﴿**وليشهدوا عذابهما طائفة من المؤمنين**﴾[1] .

ورحمة من الله ولطفاً بعباده شرع الكفارة لتخليص المؤمن مما علق به من الذنوب والآثام .

وسبحان العليم الخبير ، الذى يعلم ما فيه صلاح أحوال العباد فى دينهم ودنياهم ، وما فيه رفعة المجتمع المؤمن وما يحقق له الأمن والأمان، فتشريعة حكيم وتقنينه قويم ، ومحجته بيضاء من زاغ عنها هلك لا محالة، ومن ابتغى غيرها كان مصيره الهلاك والدمار ، والفشل والخراب .

---

(١) الأية (٢) من سورة النور

فاتبــاع حــدوده وتطبيقهــا فيهــا دوام للقــائم ، واســتقامة للمعـــوج ، واستئصال للفساد ، وعلاج للمرض ، فينتج المجتمع القوى التى تستقيم كافة أموره الإقتصادية والأجتماعية ، والعلمية والدينية .

فما كان تشريعه سبحانه وتعالى للحدود عبثاً وإنمـا كـان لحكم كثيرة ومصالح عظيمة كلها تدور حول رفعة شأن المجتمع المسلم وتخليصـة مـن الفساد والمفسدين أولا بأول .

وأن ما حل بالمسلمين الآن من متاعب فى كافة المجالات الأقتصاديـة والإجتماعيـة ، والدينيـة مـا هـو إلا لبعدهـم عـن المنهـج القويـم وإسـتهانتهم بتطبيق المبدأ العظيم وقلة مراقبتهم لله فى السر والعلانيـة ، حيـث إنـه مـن المؤكد أنه لا يضل إنسان أو مجتمع اتبع أوامر اللـه وطبـق حـدوده ، فـإذا وجد فى المجتمع المسلم قصور فى ناحية أو فى أمـر مـن أمـوره فـإن هـذا يقابله تقصير من المجتمع فى التطبيـق لبعض الأمـور التـى لا تصلـح هـذا الأعواج .

فمهما أصطنع الإنسان لنفسه من قوانين وتنظيمات فيها بعد عن كتاب الله وسنة رسوله ينبغى بها صلاح أحواله وتنظيم أموره فى هذه الحياة فإنه لن يجد منها سوى الإفساد والفسـاد ، والظلـم والهـلاك ، فكلهـا قوانيـن مـن صنع البشر إذا نظمت حالة خربت أخرى ، وإذا سدت ثغرة فتحت ثغرات، وهذه هى ثمة البشـر ذوى العقول المحـدودة التـى لا تحيـط بكـل الأمـور ، وبكل ما فيه صلاح ، حيث إن المحيط بهذا واحد ، والعليم بكـل هـذا واحـد وهو الواحد الأحد الفرد الصمـد ، رب السـحاب والهضـاب والوهـج ، رب عظيم خالق ليس كمثله أحد ، فلا حيلة إذا إلا ابتاع أوامره واجتناب نواهيه.

وقد وضع الله تعالى القواعد وجعل الإجتهاد مشروعاً فى كل زمان ليشتغل أهله فى هذه القواعد ويستنبطوا منها الأحكام الفرعية ، ومن القواعد التى شرعها الله تعالى القياس ، فيجتهد ويعمل القائس على إلحاق الفرع بالأصل سواء فى حد أو كفارة أو فى غيرها من الأحكام ما دامت العلة موجودة والشروط متوافرة والأركان قائمة .

فلا مانع يمنع ، حيث الحوادث متجددة والوقائع لا تتناهى ، والنصوص لا تحيط بكل الفروع ، حيث لا نص معين لكل فرع معين يوجد ، ولكن الإسناد للقواعد والعمل بالأقيسة هذا شغل المجتهدين وعمل الباحثين وهذا شىء أجازه العليم الخبير .

أما القوانين الوضعية فنظراً لعلم واضعيها ما فيها من قصور بين ، وما يمكن أن يحصل فيها من لعب وتلاعب نص واضعيها على كل عقوبة لكل جريمة حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانون فلا مجال للقياس فى العقوبات الوضعية إذا ، وليتهم حققوا بهذا نجاحاًبين ، بل النجاح والفلاح هو فى التمسك بكتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ .

وقبل أن نهى حديثى أريد أن أنبه عن معنى : إن المقصود من قولنا:

اثبات الجرائم والعقوبات بالقياس هو اثبات وصف شرعى لواقعة مستجده هل هى حلال أم حرام ، حيث إن عمل القائس هو البحث عن واقعة لها حكم شرعى ثابت والوقوف فيها على علة الحكم ثم يقوم بإلحاق الواقعة المستجده بتلك الواقعة نظرا للاشتراك فى العلة وبهذا يمكن الوقوف على المسمى الشرعى للواقعة ثم يعطى للواقعة المستجدة عقوبة الواقعة المقيس

عليها بعد ان ألحقها بها فى الحظر وليس المقصود من الاثبات اثبات الجريمة علىالمتهم أو البحث عن الاتهام كما هو اصطلاح القانونيين .

فعمل الأصولى ومجاله هو البحث فى الأدلة واستنباط الأحكام الشرعية منها وبيان المسمى الشرعى للوقائع وأخيراً أرجوا من الله العلى العظيم أن يجعل عملى هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ينفع به كل من قرأه أمين

د . عبد الحى عزب عبد العال

أستاذ أصول الفقه المساعد

كلية الشريعة والقانون القاهرة

فهرس

الآيات القرآنية الكريمة

الآية	رقمها	السورة	رقم الصفحة
﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾	٣	المائدة	٧
﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى﴾	٧٠	الحشر	٣٣
﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾	٧٨	الإسراء	٣٣
﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾	٣٨	المائدة	٣٣
﴿فبظلم من الذين هادوا﴾	١٦٠	النساء	٣٣
﴿يأيها الذين آمنوا لاتقدموا بين يدى الله ورسوله﴾	١	الحجرات	٤٢
﴿إن الذين أجرموا كانوا من الذين أمنوا يضحكون﴾	٢	المطففين	٤٥
﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾	٢	النور	٧٠
﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾	٨	المنافقون	٧١
﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس﴾	١١٠	آل عمران	٧١
﴿من أهتدى فإنما يهتدى لنفسه﴾	١٥	الاسراء	٦٨ ، ٧٤
﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾	١٥	الاسراء	٩٧
﴿ولا تقربوا الزنا﴾	٣٢	الاسراء	٩٩، ١١٤

الآية	رقمها	السورة	رقم الصفحة
﴿والذين يرمون المحصنات﴾	٤	النور	٩٩،١١٧
﴿الزانية والزانى فاجلدواكل واحد منهما مائة جلدة﴾	٢	النور	٩٩
﴿ولكم فى القصاص حياة يأولى الألباب﴾	١٧٩	البقرة	٩٩
﴿وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به﴾	١٢٦	النحل	١٠٠
﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾	٤٥	المائدة	١٠٠
﴿وإذا قال ربك للملائكة إني جاعل فى الأرض خليفة﴾	٣٠	البقرة	١٠٤
﴿تلك حدود الله ومن يطمع الله ورسوله﴾	١٣، ١٤	النساء	١٠٨
﴿ومن يرتد منكم عن دينه﴾	٢١٧	البقرة	١١١
﴿إن الذين يؤذون الله ورسوله﴾	٢٥	الأحزاب	١١٢
﴿وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا﴾	١٠٢	البقرة	١١٣
﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام﴾	٩٠	المائدة	٢٣،١١٧
﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾	٣٨	المائدة	١١٩
﴿انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾	٣٣	المائدة	١١٩
﴿وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا﴾	٩	الحجرات	١٢١
﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها﴾	٩٣	النساء	١٢٢

الآية	رقمها	السورة	رقم الصفحة
﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾	٣٣	المائدة	١٢٢
﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾	٤٥	المائدة	١٢٤
﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾	١٧٨	البقرة	١٢٤
﴿ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب﴾	١٧٩	البقرة	١٢٤
﴿فمن فرض فيهن الحج﴾	١٩٧	البقرة	١٣٢
﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾	١٩٦	البقرة	١٣٢
﴿فما اسطاعوا أن يظهروه﴾	٩٧	الكهف	١٣٣
﴿قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها﴾	٣ ، ٤	المجادلة	١٣٤
﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا﴾	٩٢	النساء	١٣٥
﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم﴾	٨٩	المائدة	١٣٦،١٣٧
﴿ومن قتله منكم متعمدا﴾	٩٥	المائدة	١٥٠
﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ﴾	٩٢	النساء	١٥٤
﴿لتؤمنوا بالله ورسوله﴾	٩	الفتح	١٥٧
﴿واللاتى تخافون نشوزهن ﴾	٣٤	النساء	١٦٠
﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾	٢٣	الاسراء	١٦٩

فهرس

الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

طرف الحديث		رقم الصفحة
- لعن الله اليهود		٤١
- أتشفع فى حد من حدود الله		٧٦
- من بدل دينه فاقتلوه		١١١،١١٢
- من سب نبيا فاقتلوه	أثر	١١٢
- اجتنبوا الموبقات		١١٣
- حد الساحر ضربه بالسيف		١١٣
- لعن الله السارقة		١١٨
- حديث النفر الذين قدموا المدينة من عكل وأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها فشربوا وصحوا		١٢٠
- من حالت شفاعته دون حد من حدود الله		١٢١
- اذهب فأطعامه أهلك		١٣١
- نرى أن نجلده ثمانين	أثر	١٣٩

طرف الحديث	رقم الصفحة
- كيف تقضى إذا عرض لك قضاء	١٤٢
- لا وصية لوارث	١٤٤
- هو الطهور ماؤه	١٤٤
- ادر أو الحدود بالشبهات	١٤٨
- مروا صبيانكم إذا بلغوا سبعا	١٦١
- فى كل إبل سائمة	١٦٥
- من أتى بهجة فاقتلوه	١٧٠

الأعلام المترجم لهم

العلم	الصفحة
- البعيث بن بشر	١٢
- ابن عبد الشكور	١٥
- الباقلانى	١٥
- الماوردى	٤٩
- القاضى أبو يعلى	٥٠
- أبو بكر الرازى	١٤٠
- ابن القيم	١٤٠
- معاذ بن جبل	١٤١
- المغيرة بن شعبة	١٤٢
- ابو بكر الخطيب	١٤٣
- القرطبى	١٦٠
- عمرو شعيب	١٦١
- أبو موسى الأشعرى	١٦٨

فهرس المراجع والمصادر

- الإبهاج فى شرح المنهاج لشيخ الإسلام على بن عبد الكافى وولده تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكى - بيروت لبنان - ط أولى ، ط التوقيعية بمصر مطبوع مع نهاية السول .

- إحكام الأحكام شرع عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ، تحقيق محمد منير أغا - بيروت - لبنان .

- أحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله ، ابن العربى (٤٦٨ هـ - ٥٥٣هـ) تحقيق على محمد البخارى ط عيسى البابى الحلبى - القاهرة.

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردى ط بيروت - لبنان .

- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الآمدى ط أولى سنة ١٣٨٧هـ .

- الأحكام السلطانية لأبى على ط مصطفى البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٨٦ ط ثانية .

- الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ط أولى ١٣٩٨ الأمتياز .

- إحكام الفصول فى أحكام الأصول لأبى الوليد الباجى ، تحقيق عبد المجيد التركى ط أولى ١٤٠٧ هـ دار الغرب الإسلامى بيروت .

- الإختيار لتعليل المختار . عبد الله بن محمود الموصلى الحنفى دار المعرفة بيروت ط ثالثة ١٩٧٥م - ١٣٩٥هـ .

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن على الشوكانى ط أولى مصطفى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٥٦هـ .

- أسد الغابة فى معرفة الصحابة لأبى الحسن على بن محمد الجزرى ، ابن الأثير ط بالمطبعة الأسلامية طهران .
- الإستيعاب فى معرفة الأصحاب - ط مكتبة نهضة مصر ومطبعتها الفجالة .
- الأشباه والنظائر لابن السبكى ط محمد على صبيح .
- أصول السرخسى لأبى بكر أحمد السرخسى - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .
- أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم محمد بن أبى بكر ط ثانية مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٧٤ هـ تحقيق محى الدين عبد الحميد .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن النجيم ط أولى المطبعة العلمية .
- البحر المحيط لبدر الدين الزركشى فى أصول الفقه مخطوطة.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لمحمد بن أحمد بن محمد أحمد بن رشد، دار الفكر بيروت لبنان .
- البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين تحقيق د / عبد العظيم الدين قطر ط ثانية ١٤٠٠هـ .
- بيان المختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانى تحقيق د / محمد مظهر ، ط جامعة أم القرى .
- التبصرة فى أصول الفقه لأبى اسحاق إبراهيم بن على الشيرازى تحقيق د م محمد حسن هيتو - دار الفكر دمشق ١٤٠٠هـ .

- تخريج الفروع على الأصول لشهاب الدين محمود أحمد الزنجانى تحقيق د / محمد أديب الصالح ، مؤسسة الرسالة ط رابعة ١٤٠٢ هـ .

- التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لأحمد بن على العسقلانى ط مطبعة الطباعة الفنية - القاهرة ١٣٨٤ هـ .

- التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الإسنوى تحقيق د/ محمد حسن هيتو مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ط ثانية ١٤٠١ هـ .

- تيسير التحرير لأمير ماشاة الحسينى الحنفى فى أصول الفقه ط مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٥١هـ .

المسمى "الجامع الصحيح" سنة الترمذى .

- جامع الترمذى ، محمد بن عبس الترمذى دار الفكر للطباعة والنشر ط ثالثة ١٩٣٩ هـ .

- الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبى" دار الكتاب العربى القاهرة ١٣٨٧هـ .

- جمع الجوامع لابن السبكى مع شرحه للجلال المحلى المطبعة الأزهرية المصرية ط أولى سنة ١٣٣١هـ .

- حاشية العلامة سعد الدين التفتازانى على شرح عضد الدين الأيجى لمختصر ابن الحاجب ط ١٣٩٣هـ مكتبة الكليات الأزهرية .

- حاشية ابن عابدين "دار المختار على الدر المختار" لمحمد أمين عابدين "دار المختار على الدر المختار" لمحمد أمين عابدين ابن عمر عابدين ط ثانية ١٣٨٦هـ بيروت حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ط عيسى الحلبى مصر .

- الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور البهوتى الحنبلى ط مع حاشيته لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم ط ثانية ١٤٠٣هـ .

- روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه لموفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة طبع مع شرحها لابن بدران الدمشقى مكتبة المعارف الرياض ط ثانية ١٤٠٤هـ .

- روضة الطالبين للإمام أبو زكريا يحيى شرف النووى الدمشقى المتوفى سنة ٦٧٦هـ ط ونشر المكتب الإسلامى بيروت دمشق .

- سنن أبى داود للحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى (٢٠٢هـ - ١٧٥هـ) - دار الباز مكة المكرمة .

- السنن الكبرى للحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ دار المعرفة بيروت .

- سنن ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزوينى ط عيسى البابى الحلبى وشركاه .

- شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لعبد الحى العماد الحنبلى ط دار السيرة بيروت ط ثانية ١٣٩٩هـ .

- شرح الزرقانى على مختصر خليل للشيخ عبد الباقى الزرقانى ط دار الفكر - بيروت .

- شرح جمع الجوامع وحاشية البنانى ط المطبعة الأزهرية ط أولى سنة ١٣٣١هـ .

- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضى عضد الدين الأبحى ط مع المختصر .

- شرح اللمع لأبى إسحاق الشيرازى ط دار الغرب الأسلامى ط أولى ١٤٠٨هـ ، تحقيق عبد المجيد تركى .

- شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسائل التعليل للغزالى تحقيق د / حمد الكبيسى ط الإرشاد بغداد عام ١٣٩٠هـ .

- شرح السنة للإمام أبو محمد الحسين بن مسعود البغوى (٤٣٦هـ - ٥١٦هـ) ط ثانية سنة ١٤٠٣هـ . المكتب الأسلامى بيروت .

- صحيح البخارى محمد بن إسماعيل ط الفجالة بمصر سنة ١٣٧٦هـ .

- صحيح مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى ط أولى دار إحياء التراث ط أولى .

- صحيح مسلم بشرح النووى ط الرياض - إدارة البحوث العلمية .

- فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية لمحمد على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ دار المعرفة بيروت .

- الفقيه والمتفقة لأبى بكر الخطيب البغدادى نشر دار دار أحياء السنة النبوية ط عام ١٣٩٥هـ .

- فواتح الراحمون للانصارى ، وهو شرح الثبوت فى أصول الفقه طبع بهامش المستصفى ط أولى عام ١٣٢٤هـ .

- كشف الأسرار عن أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى دار الكتاب العربى - بيروت ١٣٩٤هـ .

- لسان العرب محمد بن مكرم بن منظور المصرى ، دار صادر بيروت .

- المحصول فى علم أصول الفقه لفخر الدين الرازى ط أولى سنة ١٣٩٩هـ تحقيق د م طه جابر مطابع الفرزدق بالرياض .
- المستصفى من علم الأصول لأبى حامد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ دار إحياء التراث العربى - بيروت لبنان أولى ، ط بولاق سنة ١٣٢٤هـ .
- المسودة فى أصول الفقه لثلاثة من أئمة آل تيميمة ط مطبعة المدنى القاهرة .
- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للفيومى ، المكتبة العلمية بيروت .
- المعتمد فى اصول الفقه لأبى الحسين محمد بن على البصرى المعتزلى المتوفى سنة ٤٣٦هـ ط سنة ١٣٨٤هـ دمشق .
- المغنى لابن قدامة - مكتبة الرياض الحيثة .
- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج لأبى زكريا النووى دار أحباء التراث العربى - بيروت .
- المنخول من تعليقات الأصول للغزالى ط ثانية ١٤٠٠هـ دمشق تحقيق د/ محمد حسن هيتو .
- المفردات فى غريب القرآن للحسين محمد الأصفهانى ، الراغب الأصفهانى .
- النجوم الزاهرة فى ملوك مصر والقاهرة لابن تغرى بردى المتوفى سنة ٨٧٤هـ ط دار الكتب المصرية ط أولى .

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ ط أولى ١٤٠٢هـ . دار الفكر . لبنان بيروت .

- الهداية شرح بداية المبتدى ، لبرهان الدين على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرغبانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ .

طبعة أخيرة مصطفى الحلبى وأولاده بمصر .

- شرح قانون العقوبات للأستاذ الدكتور / محمود نجيب حسنى .

- التشريع الجنائى الإسلامى القسم العام للشيخ / عبد القادر عودة .

- القوانين الفقهية لابن جزى .

- مجموعة القواعد القانونية .

- مجموعة أحكام محكمة النقض .

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	٧
الفصل الأول : القياس كمصدر من مصادر اثبات الأحكام	١١
المبحث الأول : معنى القياس عند الأصوليين	١٢
المعنى اللغوى	١٢
معنى القياس إصطلاحاً	١٤
التعريف المختار	١٦
أهم ما ورد من اعتراضات على التعريف المختار والجواب عليها	٢٠
المبحث الثانى : اركان القياس	٢٣
الأصل	٢٤
الفرع	٢٥
شروط الفرع	٢٥
حكم الأصل	٢٨
شروط حكم الأصل	٢٨
علة حكم الأصل	٣١
الطرق الدالة على العليه	٣٣
أقسام العلة	٣٦

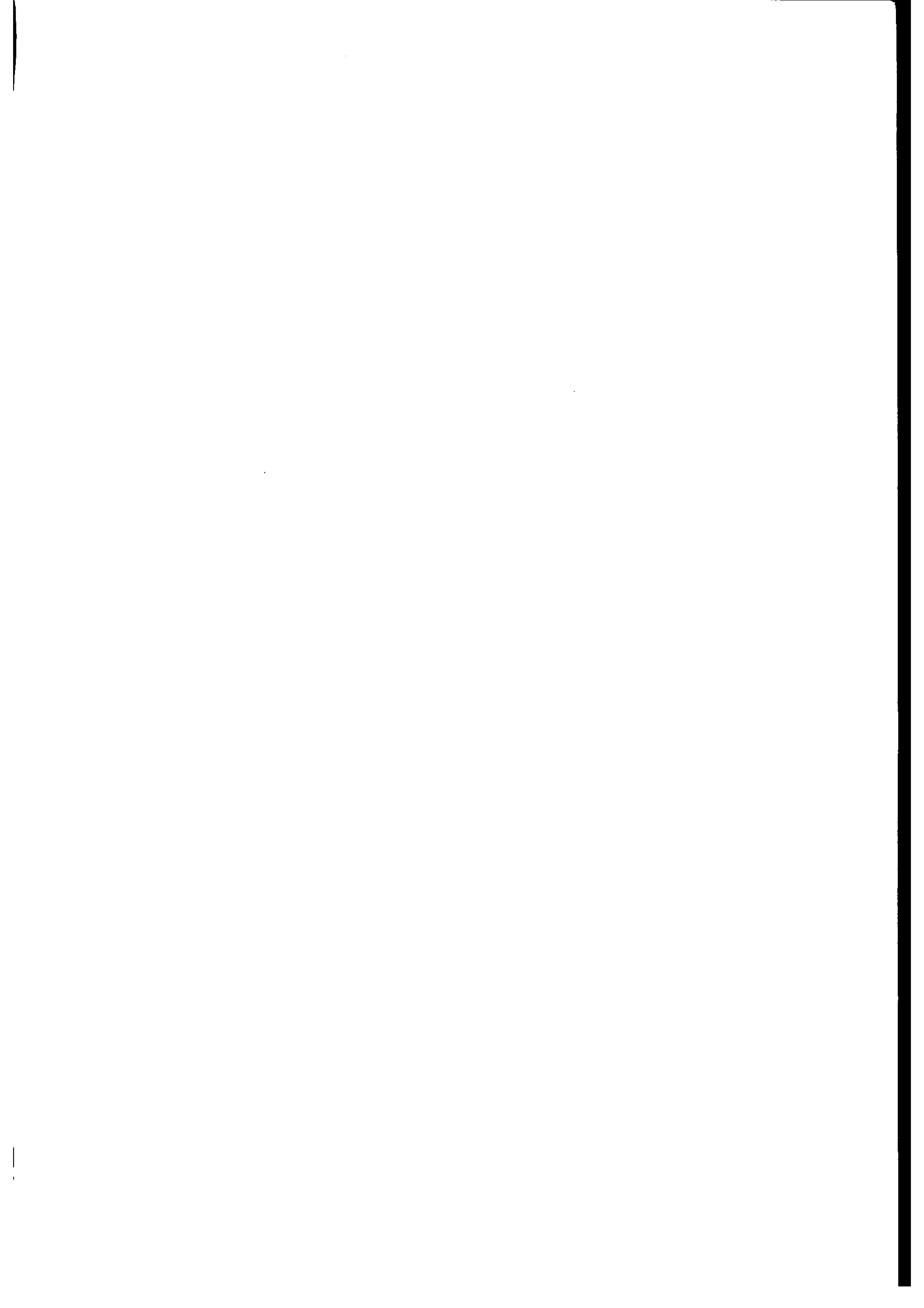
الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثالث : حجية القياس	٣٩
الفصل الثانى : الجريمة والعقوبة بين الشريعة والقانون	٤٣
المبحث الأول : الجريمة وأقسامها	٤٤
المطلب الأول : معنى الجريمة .	٤٥
المطلب الثانى : أقسام الجريمة	٥٧
المبحث الثانى : العقوبة ، وأغراضها ، وأهم المبادئ التى تقوم عليها	٦٥
المطلب الأول : معنى العقوبة	٦٦
المطلب الثانى : أغراض العقوبة	٧٠
المطلب الثالث : أهم المبادئ التى تقوم عليها العقوبة	٧٣
المبحث الثالث : أقسام العقوبة وجريان القياس فى العقوبات فى القانون	٧٨
المطلب الأول : تقسيم العقوبات فى القانون .	٧٩
المطلب الثانى : جريان القياس فى العقوبات فى القانون	٨٣
المطلب الثالث : الشريعة الإسلامية أصل المبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .	٩٥

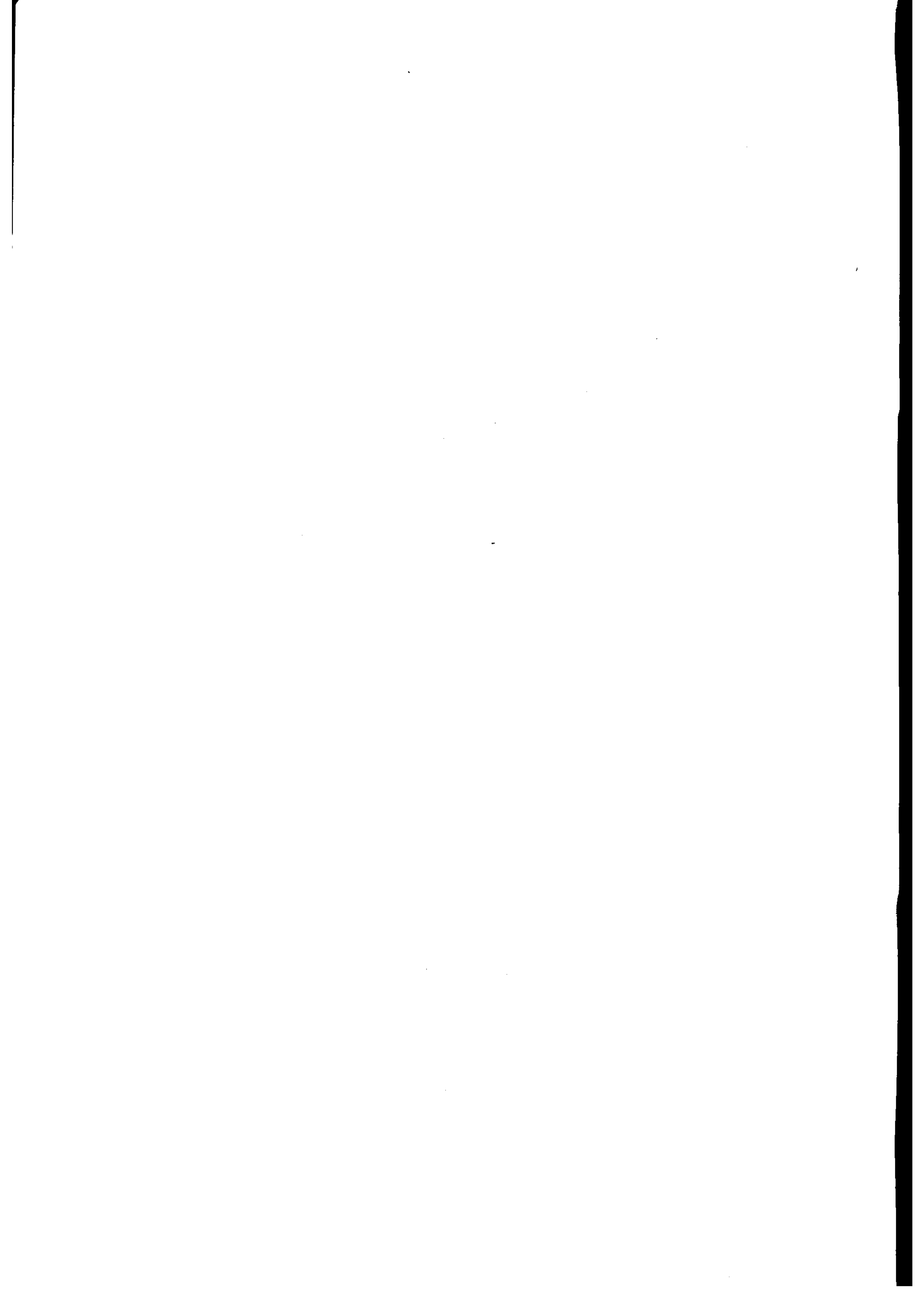
الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الثالث : العقوبات الشرعية واثباتها بالقياس	١٠٣
التمهيد	١٠٤
المبحث الأول : العقوبات الشرعية المقدرة	١٠٧
المطلب الأول : العقوبات الحدية	١٠٨
أنواع الحدود	١١٠
المطلب الثانى : القصاص والدية	١٢٢
المطلب الثالث : الكفارة	١٢٩
معنى الكفارة	١٢٩
أنواع الكفارات	١٣٠
كفارة الجماع فى نهار رمضان	١٣٠
كفارة إفساد الإحرام	١٣٢
كفارة الظهار	١٣٣
كفارة القتل الخطأ	١٣٤
كفارة الحنث فى اليمين	١٣٦
المبحث الثانى : أقوال الأصوليين فى إثبات العقوبات المقدرة بالقياس	١٣٨
المبحث الثالث : أمثلة تطبيقية لا ثبات العقوبات المقدرة بالقياس	١٥١
المطلب الأول : أمثلة للقياس فى الحدود	١٥١

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثانى : أمثلة للقياس فى الكفارات	١٥٤
المبحث الرابع : العقوبات الشرعية غير المقدرة (التعزيرات) وإثباتها بالقياس	١٥٧
المطلب الأول : معنى التعزير	١٥٨
المطلب الثانى : مشروعية التعزيرى، وأنواع المعاصى التى شرع فيها التعزير	١٦٠
مشروعية التعزير	١٦٠
أنواع المعاصى التى شرع فيها التعزير	١٦١
المطلب الثالث : أنواع العقوبات التعزيرية	١٦٣
العقوبات التعزيرية البدنية	١٦٣
العقوبات التعزيرية النفسية	١٦٤
العقوبات التعزيرية المالية	١٦٥
المطلب الرابع : اثبات العقوبات التعزيرية بالقياس	١٦٦
المطلب الخامس : أمثلة لاثبات التعزيرات بالقياس	١٦٩
الخاتمة	١٧٣

والله تبارك وتعالى

أعلم





رقم الإيداع

٩٨ /١٣٠٥٠

الترقيم الدولى 4_23 - 5819 - 977

الوادى الجديد

للطباعة والتجليد

دار السلام ت ٣٢٠١٤٧٢